

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE (E.D. 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par Héloïse GICQUEL

**L'ÉTRANGER, ENTRE L'ÉTAT MEMBRE ET L'UNION
EUROPÉENNE**

Étude des interactions normatives

Sous la direction de Monsieur le Professeur Olivier DUBOS
et de Mme la Professeure Marie GAUTIER-MELLERAY

Soutenue le 5 décembre 2014

Membres du jury :

Madame Ségolène BARBOU DES PLACES,

Professeure à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, *rapporteur*

Madame Myriam BENLOLO-CARABOT,

Professeure à l'Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense, *rapporteur*

Monsieur Olivier DUBOS,

Professeur à l'Université de Bordeaux, *co-directeur de thèse*

Madame Marie GAUTIER-MELLERAY,

Professeure à l'Université de Bordeaux, maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'État,
directeur de thèse

Monsieur Henri LABAYLE,

Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, *Président du jury*

Monsieur Denis MARTIN,

Membre du service juridique de la Commission européenne, *membre invité*

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Titre :

L'étranger, entre l'État membre et l'Union européenne. Étude des interactions normatives

Résumé :

Le développement de compétences de l'Union européenne en matière migratoire a pour conséquence de soustraire au seul cadre étatique, la gestion des questions relatives au droit des étrangers et, de soustraire dans le même temps les citoyens de l'Union de la catégorie de l'étranger ordinaire. Dorénavant, l'État doit distinguer entre les étrangers possédant la nationalité d'un autre État membre (les étrangers européens) et les étrangers possédant la nationalité d'un État tiers. Le droit de l'Union conduit ainsi à fragmenter et refaçonner la catégorie juridique de l'étranger au sein de l'État. Cependant, il ne se substitue pas à l'État dans la définition de l'étranger et, ne se traduit pas par une unification des règles applicables dans les États membres. Par conséquent, l'étranger est à la fois un sujet du droit de l'État membre et un sujet du droit de l'Union. Cette recherche vise à démontrer que ce postulat de départ doit être considéré. L'analyse des influences du droit de l'Union sur le processus national de catégorisation des étrangers conduit à démontrer que d'une part, la définition européenne de l'étranger tend à s'autonomiser et que d'autre part, le droit de l'Union des étrangers tend à devenir commun voire à se substituer aux États membres.

Mots clés :

Abus de droit – Asile – Citoyenneté de l'Union européenne - Ressortissants de pays tiers – Concurrence des droits – Discrimination – Étranger – Harmonisation – Immigration – Nationalité – Solidarité européenne

Title:

The foreigners, between member States and the European Union. A study on normative interactions

Abstract:

As a result of the development of EU competences in the field of immigration, the member States have lost their monopoly to enact foreigners Law. As well, the EU citizens are no longer "ordinary" foreigner. Nowadays, the member States have to make a difference between the foreigners with the nationality of another Member State (European foreigners) and foreigners with third countries (extra-European foreigners). Thus, the EU law tends to both split and reshape the legal category of "foreigner". As well, EU law does not result in a unification of the relevant rules within the member States. Therefore, the foreigner is at the same time a subject to the EU law and a subject for the national legislations. This research intends to prove that this assumption must be reconsidered. The analysis of the EU influences on the national categorization of the foreigners proves that firstly, the EU definition of foreigner tends to become more and more autonomous and, on the other hand, the EU Law on foreigners tends to become more and more a common Law to the member States.

Keywords :

Abuse of law – Asylum – Discrimination – EU citizenship – European solidarity – Foreigner – Harmonisation – Migration – Nationality – Normative competition – Third country nationals

Remerciements

J'adresse mes sincères remerciements à mes directeurs de thèse, les Professeurs Marie GAUTIER et Olivier DUBOS, qui m'ont accompagnée et guidée pendant ces années de doctorat avec toute leur compétence et leur grande disponibilité. Je les remercie pour leurs précieux conseils et leur confiance, dont je ne serai jamais trop reconnaissante. J'aimerai leur dire que j'ai été extrêmement sensible à leurs qualités humaines d'écoute et de compréhension tout au long de ce travail doctoral.

Ma reconnaissance va également au Conseil régional d'Aquitaine qui a financé cette thèse en m'accordant un poste d'allocataire de recherche dans le cadre d'un projet de recherche porté par Catherine GAUTHIER.

Je remercie tous les chercheurs du CRDEI et d'autres centres de recherche devenus mes amis, qui m'ont entourée pendant ces années de thèse avec leur gentillesse et leur générosité : Clémentine, François, Sébastien, Hugo, Olivier, Jean, Julia et Clément.

Je remercie chaleureusement ceux qui ont assuré le soutien affectif de ce travail doctoral : ma mère « courage » qui m'a aidée à surmonter mes craintes, mon père « admirable » qui a pris le temps de relire certains passages de cette thèse, Aurélien qui m'a supportée et soutenue, mes frères et soeurs, ma grand-mère « Bernie », Christine, Dominique et tous mes amis proches. J'ai également une pensée particulière pour « Maminette » et « Daddy » qui m'ont donnée le goût de l'effort et des études...

Enfin, à ma fille Manon, qui m'a accompagnée chaque jour de ma dernière année de thèse et donnée la force de la terminer, je dédie ce travail.

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

I. Annuaires – Recueils - Revues

| | |
|-----------------------|---|
| <i>ADE</i> | Annuaire de droit européen |
| <i>AFDI</i> | Annuaire français de droit international |
| <i>AJDA</i> | Actualité juridique. Droit administratif. |
| <i>AJ Famille</i> | Actualité juridique Famille |
| <i>AJFP</i> | Actualité juridique - Fonction publique |
| <i>CCC</i> | Cahiers du Conseil Constitutionnel |
| <i>CDE</i> | Cahiers de droit européen |
| <i>D.</i> | Dalloz |
| <i>Dr. soc.</i> | Droit social |
| <i>DF</i> | Droit fiscal |
| <i>Dr. Famille</i> | Droit de la famille |
| <i>ELR</i> | European Law Review |
| <i>Gaz. Pal.</i> | La Gazette du Palais |
| <i>JCMS</i> | Journal of Common Market Studies |
| <i>JCP A</i> | La Semaine juridique (JurisClasseur périodique) édition administration et collectivités territoriales |
| <i>JCP G</i> | La Semaine juridique (JurisClasseur périodique) édition générale |
| <i>JCP N</i> | La Semaine juridique (JurisClasseur périodique) édition notariale |
| <i>JCP S</i> | La Semaine juridique (JurisClasseur périodique) édition sociale |
| <i>JDE</i> | Journal de droit européen |
| <i>JDI</i> | Journal du droit international |
| <i>JTDE</i> | Journal des Tribunaux (Larcier) Droit européen |
| <i>LPA</i> | Les petites affiches |
| <i>RAE</i> | Revue des affaires européennes – Law and European Affairs |
| <i>RCADI</i> | Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye |
| <i>RCDIP</i> | Revue critique de droit international privé |
| <i>RDP</i> | Revue du droit public |
| <i>RDIP</i> | Revue de droit international privé |
| <i>RDUE</i> | Revue du droit de l'Union Européenne |
| <i>RDSS</i> | Revue de droit sanitaire et social |
| <i>RDТ</i> | Revue de droit du travail |
| <i>Rev. dr. étr.,</i> | Revue du droit des étrangers |
| <i>REDP</i> | Revue européenne de droit public |
| <i>RFDA</i> | Revue française de droit administratif |
| <i>RFDC</i> | Revue française de droit constitutionnel |
| <i>RGDIP</i> | Revue générale de droit international public |
| <i>RIDE</i> | Revue internationale de droit économique |

| | |
|-----------------|---|
| <i>RJS</i> | Revue de jurisprudence sociale |
| <i>RJEP</i> | Revue juridique de l'économie publique |
| <i>PMC</i> | Revue du marché commun |
| <i>PMCUE</i> | Revue du marché commun et de l'Union Européenne |
| <i>RMUE</i> | Revue du marché unique européen |
| <i>RTD civ.</i> | Revue trimestrielle de droit civil |
| <i>RTDE</i> | Revue trimestrielle de droit européen |
| <i>RTDH</i> | Revue trimestrielle des droits de l'homme |

II. Sigles divers

| | |
|-----------|--|
| Aff. | Affaire |
| AUE | Acte unique européen |
| CAAS | Convention d'application des accords de Schengen |
| CC | Conseil constitutionnel |
| CECA | Communauté européenne du charbon et de l'acier |
| CEDH | Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales |
| CE | Communauté européenne |
| CEDESA | Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'Homme |
| CEE | Communauté économique européenne |
| CFS | Code frontières Schengen |
| Chron. | Chronique |
| CIG | Conférence intergouvernementale |
| CIJ | Cour internationale de justice |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| Coll. | Collection |
| Comm. EDH | Commission européenne des droits de l'Homme |
| Cour EDH | Cour européenne des droits de l'Homme |
| CPI | Cour pénale internationale |
| CPJI | Cour permanente de justice internationale |
| Dactyl. | Dactylographié |
| DC | Décision constitutionnelle |
| Dir. | Direction |
| EEE | Espace économique européenne |
| Fasc. | Fascicule |
| JO | Journal officiel (CE et UE) |
| JORF | Journal officiel de la République française |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| Op. cit. | Opere citato |
| PUAM | Presses universitaires Aix-Marseille |

| | |
|------|--|
| PUF | Presses universitaires de France |
| Rec. | Recueil |
| S. | suiwant(e)s |
| SFDI | Société française pour le droit international |
| SIS | Système d'Information Schengen |
| TCE | Traité instituant la Communauté européenne |
| TFUE | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne |
| TUE | Traité sur l'Union Européenne |
| Vol. | Volume |

SOMMAIRE

PARTIE I. LA MISE À L'ÉPREUVE DU CRITÈRE NATIONAL DE L'ÉTRANGER

TITRE 1. LA DÉFINITION DE LA NATIONALITÉ, UNE COMPÉTENCE ÉTATIQUE ENCADRÉE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Chapitre I. L'appropriation européenne du critère de nationalité

Chapitre II. L'émergence européenne d'un droit de la nationalité

TITRE 2. LA NATIONALITÉ, UNE FONCTION DISTINCTIVE ALTÉRÉE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Chapitre I. Une fonction distinctive diminuée

Chapitre II. Une fonction distinctive inversée

PARTIE II. LA MISE EN CONCURRENCE DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS

TITRE I. LES DROITS NATIONAUX CONCURRENCÉS PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Chapitre I. Le contournement du droit national des étrangers par le recours au droit de l'Union européenne

Chapitre II. La lutte contre le contournement européen des droits nationaux des étrangers

TITRE II. LES DROITS NATIONAUX MIS EN CONCURRENCE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Chapitre I. L'harmonisation instrumentalisée par les États membres

Chapitre II. L'unification éprouvée par l'absence de solidarité interétatique

« Il n'y a plus d'étranger au sens général et purement légal du terme. Certains sont assimilés aux nationaux et sont donc moins qu'étrangers tandis que d'autres, dissimilés, sont plus qu'étrangers. Les uns sont des voisins, des prochains, des partenaires et finalement des concitoyens dans l'espace d'une citoyenneté en construction ; les autres sont des aliens. En conséquence, la catégorie du national est elle-même tendancielle ment divisée entre le « vrai national » perçu sous le signe de l'identique et du semblable et « faux national » perçu sous le signe de l'hétérogène », E. BALIBAR, « L'étranger comme ennemi. Sur la citoyenneté transnationale », *Compte rendu du huitième séminaire du CERI*, 22 mai 2006, p.9.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

La construction d'une identité européenne ne peut prendre forme que dans le rapport à l'–Autre", « dans le regard de l'Autre et sur l'Autre »¹, en se heurtant aux non-européens. En effet, le peuple de l'Union, cette communauté morcelée et hétérogène, a besoin de l'–Autre" pour se constituer en –nous" européen. C'est dans la confrontation à l'étranger que l'Union aura ainsi « l'occasion de s'interroger sur elle-même, sur ceux qui vivent chez elle et sur l'apport à la définition d'un –nous" collectif »², européenisé et post-national. En ce sens, J.-L. AMSELLE explique que « le Même doit passer par l'Autre pour se définir, l'Autre servant de miroir, d'élément de reconnaissance, d'identification, et en même temps de distinction, et par là même servant de filtre légitimateur de sa propre existence, qui la reconnaît et la valide comme (suffisamment) même et (suffisamment) différente »³.

C'est dans la confrontation à l'–Autre" qu'une communauté fait apparaître la conception de sa propre identité. C'est ainsi que, sous l'antiquité grecque, la notion d'identité s'est forgée en opposant le Grec au Barbare, le non-Grec qui était l'étranger ennemi et non civilisé, originaire des terres hors de l'autorité grecque et, qui était donc exclu de la Cité ou réduit en esclave, et au Métèque, celui qui était l'étranger-résident privilégié si son activité était indispensable à la Cité.

Ainsi, l'on pense souvent que la conscience d'avoir une identité commune doit passer par une distinction avec l'–Autre". Penser le rapport de l'Union à l'altérité, aux –Autres" non européens, participerait à l'émergence d'une identité européenne, une identité post-nationale commune aux citoyens de l'Union. De fait, le processus de catégorisation des étrangers dans l'Union, entamé dans les années quatre-vingt dix et, consistant à élaborer un régime de l'étranger commun aux États membres, contribuerait à une singularisation du citoyen de

¹ D. HÉMERY, « Critique de l'ouvrage de Claude Liauzu, Race et civilisation », in *le Monde diplomatique*, novembre 1992, cité par A. FENET, « L'identité européenne : variations contemporaines sur une interrogation ancienne », in J. CHEVALLIER (dir.), *L'identité politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du CURAPP », 1994, p.410.

² C. WITHOL DE WENDEN, « Comment l'immigration contribue à définir l'identité européenne », *Hommes et migrations*, Regards croisés France-Allemagne, n°1223, janvier/février 2000, p.6.

³ A. BRETEGNIER, *Jean-Loup Amselle et Jackie Assayag : Langue(s) et identité(s) collective(s). Perspective anthropologique*. <http://valibel.fltr.ucl.ac.be/arc/seminairesarc1.htm>.

l'Union dans et hors l'espace européen.

Ce processus de catégorisation européen de l'étranger est d'autant plus important que les citoyens de l'Union ont encore des difficultés à se penser en un « nous » européen. Au stade actuel de l'intégration européenne, ce « nous » européen ne peut être qualifié de post-national. Certes, l'institution d'une citoyenneté de l'Union en 1992 par le Traité de Maastricht⁴ aurait pu faire prendre conscience au ressortissant d'État membre de son appartenance à l'Union et sa double allégeance à l'État et l'Union. Toutefois, elle ne permet pas un dépassement du cadre étatique comme lieu d'appartenance juridique du national. En outre, cette citoyenneté de l'Union n'est pas détachée de l'État-nation. Elle transcende les États mais demeure ancrée dans lesdits États nationaux. En ce sens, l'article 20 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne affirme qu'« il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». Ainsi définie, la citoyenneté de l'Union est commune aux nationaux des États mais elle transite par les droits nationaux. Elle renforce paradoxalement l'appartenance à l'État en consacrant la nationalité d'un des États membres comme condition de son accès. Par conséquent, l'État est maître du lien entre la nationalité et la citoyenneté de l'Union. En outre, elle demeure « épisodique, limitée à des périodes ou des situations particulières »⁵. Par ailleurs, la constitution d'un « nous » européen doit se faire au regard d'un « Autre » commun. Or, la figure de l'étranger dans l'Union est loin également d'être unifiée, les États ayant des difficultés à accepter l'idée que leur souveraineté soit entamée dans ce domaine.

Pourtant, l'unique cadre national devient trop étroit et, ne rend plus compte de la nature transnationale des migrations. La suppression des frontières intérieures de l'Union oblige l'État à repenser les anciennes distinctions entre l'intérieur et l'extérieur, entre le « nous » et les « Autres »⁶. Le développement des compétences de l'Union en matière migratoire - la libre circulation des citoyens de l'Union et le droit des étrangers -, conduit à ce que le « verrou de l'optique nationale »⁷ dans l'appréhension de l'« Autre » soit levé. Sujet pourtant dominé par la dogmatique nationale, la conception classique de l'étranger issue de l'État-

⁴ Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, JO C 191 du 29 juillet 1992, p.1.

⁵ Rapport du Comité des Sages présidé par M. DE LOURDES PINTASILGO, *Pour une Europe des Droits Civiques et Sociaux*, Bruxelles, octobre 1995-février 1996, rapport provisoire du 4 mars 1996, p.2.

⁶ U. BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Alto-Aubier, 2004, p.32.

⁷ *Ibid*, p.458.

Nation⁸ est aujourd'hui rompue. C'est en effet, selon D. LOCHAK, « l'émergence de l'État-nation [qui] a cristallisé la distance qui le sépare du national, l'a enfermé irrévocablement dans sa condition. La cohésion — réelle, postulée ou recherchée — de l'État-nation a fonctionné comme facteur d'exclusion, produisant simultanément la catégorie d'étranger et sa mise à l'écart. Aujourd'hui comme hier, l'État nation sert de référence pour tracer la ligne de partage entre « nous » et « les autres » »⁹. Or, l'État-nation perd progressivement de son caractère monopolistique.

L'État-nation doit désormais se penser selon de nouvelles distinctions entre le dedans (l'espace intra-européen) et le dehors (les espaces extra-européens), entre le « nous » européen (le citoyen de l'Union) et les « Autres » extra-européens (les ressortissants de pays tiers). Le développement des compétences de l'Union en matière migratoire a pour conséquence de soustraire au seul cadre étatique la gestion des questions relatives au droit des étrangers et, de soustraire dans le même temps les citoyens de l'Union de la catégorie de l'étranger ordinaire. Le droit de l'Union conduit ainsi à fragmenter et refaçonner la catégorie juridique de l'étranger au sein de l'État. Dorénavant, l'État doit distinguer entre les étrangers possédant la nationalité d'un autre État membre (les étrangers européens) et les étrangers possédant la nationalité d'un État tiers (les étrangers extra-européens).

Dés lors, l'étranger à la fois un sujet du droit de l'État et du droit de l'Union. Appartenant à deux ordres juridiques, il est soumis tantôt au droit national de l'État d'accueil, tantôt au droit de l'Union. Partant, cette complexification normative soulève des interrogations sur les frontières entre le droit national et le droit de l'Union européenne.

En effet, le citoyen et l'étranger dans l'Union ne sont pas uniquement traités hors du cadre national. Ces catégories n'impliquent pas à elles seules l'intervention du droit de

⁸ La conception classique de l'étranger fondée sur la nationalité coïncide avec l'apparition de l'État-Nation dans sa configuration moderne. Selon H. ARENDT : « L'État avait hérité comme sa fonction suprême la protection de tous les habitants de son territoire sans considération de nationalité (...). Le drame de l'État-Nation fut que la conscience nationale naissante du peuple vint interférer avec ces fonctions. Au nom de la volonté du peuple, l'État fut contraint de ne reconnaître pour citoyens que les « nationaux », de ne garantir la pleine jouissance des droits civiques et politiques qu'à ceux qui appartenaient à la communauté nationale par droit d'origine et fait de naissance (...). Le duel secret entre l'État et la Nation vient au grand jour (...) au moment de la Révolution française (...) » (H. ARENDT, *L'impérialisme*, trad. M. LEIRIS, Paris, Fayard, 1982, pp.182-183.).

⁹ D. LOCHAK, « États, nations, frontières : vraies et fausses évidences », *Plein Droit*, n°36 et 37, décembre 97, *La république bornée*, <http://www.gisti.org/doc/plein-droit/36-37/État.html>

l'Union, elles nécessitent également celle de l'État. Elles se superposent aux catégories nationales préexistantes à la construction européenne. Il est difficile d'envisager du point de vue des États un droit des étrangers unifié au niveau de l'Union dans un domaine, celui des étrangers, qui est hanté par l'État-nation et donc la nationalité. De même, l'idée que sur le territoire de l'Union, une distinction européenne entre les citoyens et les étrangers fondée sur un critère commun, une «nationalité européenne», puisse se substituer à la distinction étatique entre le national et l'étranger, relève pour l'heure de l'utopie.

Catégoriser les citoyens et les étrangers dans l'Union ne signifie donc pas une émancipation par rapport au cadre national. Bien au contraire, ce processus semble renforcer les États membres puisqu'ils le maîtrisent. L'État, même s'il est soumis aux normes européennes, reste le cadre de référence de l'étranger. Dans ce contexte, la définition européenne de l'étranger peut-elle s'autonomiser ? Le droit de l'Union des étrangers peut-il devenir commun aux États ? Avant, d'aborder plus précisément cette problématique (II), l'intitulé de la thèse impose d'être explicité dans les termes qu'il met en relation : l'étranger dans l'État (I) et l'étranger dans l'Union européenne (II).

I. L'ÉTRANGER DANS L'ÉTAT

« Faire la distinction entre nationaux et étrangers nous semble aussi normal qu'on y verrait presque un fait –de nature», au sens propre du terme. Comme si cette distinction était aussi fondée que celle nous établissons entre une espèce et une autre, entre chiens et chats par exemple »¹⁰. C'est en ces termes que V. CARRÈRE affirme, avec ironie, que la distinction entre le national et l'étranger semblerait aller de soi. Non sans ironie, car la notion d'étranger est loin d'être naturelle, elle est au contraire une notion construite et institutionnalisée par l'État. Il s'agit d'« un instrument de préhension de la réalité migratoire »¹¹ au service des intérêts de l'État (A) qui, dans le cadre de sa compétence personnelle, détermine

¹⁰ V. CARRERE, « La problématique nationaux/étrangers », *Plein droit*, n°35, septembre 1997, Des papiers pour tous.

¹¹ S. BARBOU DES PLACES, « Les étrangers —saïs par le droit». Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *Migrations Société*, volume 22, n°128, mars-avril 2010, p. 35 et s.

souverainement sur la base du critère de la nationalité qui sont ses nationaux et *a contrario* –ses étrangers–(B). Cette qualification juridique de l'étranger légitime alors la soumission de celui-ci à un statut juridique excluant, moins favorable que celui applicable aux nationaux de l'État d'accueil (C).

A. L'étranger, une catégorie instrumentalisée par l'État

Le droit nécessite logiquement des catégories juridiques puisqu'elles en constituent ses « unités fonctionnelles »¹². Le droit des étrangers n'échappe pas à ce principe. En effet, à défaut de catégories, le droit des étrangers « comporterait inévitablement de telles contradictions qu'il serait incompréhensible »¹³. Le droit des étrangers repose ainsi sur une classification préalable et une différenciation des personnes au sein de l'État¹⁴, autrement dit sur une logique de catégorisation des personnes, les étrangers étant répartis dans une catégorie distincte des nationaux de l'État.

Aussi, enfermer l'étranger dans une catégorie juridique n'est pas un processus objectif puisqu'il résulte d'un acte de souveraineté, et « par cet acte de puissance, l'autorité normative tente de se saisir d'une réalité migratoire qui lui échapperait autrement »¹⁵. De fait, la catégorie de l'étranger n'est pas le résultat d'un processus neutre, c'est selon A. ILIOPOULOU une « fiction », une « construction du génie juridique » permettant au droit de codifier le fait migratoire¹⁶. C'est une manière pour l'État de construire juridiquement une réalité.

Catégoriser les personnes n'est ainsi nullement en « classer les diverses variétés dans

¹² A. DEPAIGNE et P. LASCOUMES, « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, 1997, volume 27, n°27, p. 7.

¹³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Les méthodes du droit, 4^{ème} édition, 2004, p. 209.

¹⁴ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2004, p. 10.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ A. ILIOPOULOU, « L'influence du droit européen sur les catégories du droit de la responsabilité de la puissance publique », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.791.

un herbier par curiosité de collectionneur »¹⁷. E. BALIBAR explique qu'« il n'y a rien de naturel dans l'«étrangeté», dans le statut de l'étranger et dans les déterminations auxquelles se réfère la définition de l'étranger »¹⁸. Il précise que les États produisent leurs propres étrangers pour déterminer un problème politique¹⁹. Ils peuvent ainsi adapter la catégorie de l'étranger aux nécessités du moment qui peuvent être démographiques, sécuritaires ou encore économiques²⁰. Dans ce sens, D. LOCHACK affirme que « plus que dans aucun autre domaine, en effet, la législation [relative aux étrangers] est ici directement et immédiatement subordonnée à des considérations qui reflètent fidèlement les buts et les moyens des gouvernants en la matière, mais aussi les aléas de la conjoncture politique et les variations de l'opinion publique »²¹. En somme, catégoriser les étrangers façonne un utilitarisme migratoire.

Par exemple, en France, la loi du 24 juillet 2006²², a affiché clairement la volonté du législateur de promouvoir une immigration choisie pour la substituer à l'immigration subie. Plus précisément, elle a eu pour objectif de relancer une immigration professionnelle, qualifiée et utile à l'économie française et de restreindre l'immigration des non-qualifiés. Cette loi a ainsi créé une nouvelle catégorie d'étranger, celui « susceptible de participer, du fait de ses compétences et de ses talents, de façon significative et durable au développement économique ou au rayonnement, notamment intellectuel, scientifique, culturel, humanitaire ou sportif de la France et du pays dont il a la nationalité »²³. Une carte «compétence et talents»

¹⁷ M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin. Théorie générale du droit*, Tome I, Bruxelles et Paris, Bruylant et Sirey, 1963, p.366

¹⁸ E. BALIBAR, « L'étranger comme ennemi. Sur la citoyenneté transnationale », *Compte rendu du huitième séminaire du CERI*, 22 mai 2006.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ D. LOCHACK, « L'entrée et le séjour des étrangers en France : une législation sous influence politique », *AJDA*, 1989, p.586.

²¹ D. LOCHACK, « La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers », Texte publié dans « les lois de l'inhospitalité », Paris, La Découverte, 1997. <http://www.gisti.org/doc/presse/1997/lochak/politique.html>.

²² Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO du 25 juillet 2006, p.11066. Sur cette loi, voir notamment les commentaires de N. GUIMEZANES, « La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », *JCP A*, 25 septembre 2006, p.1211 ; D. TURPIN, « La loi numéro 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration : choisir pour ne plus subir ? Note sous Loi numéro 2006-911 du 24 juillet 2006, loi relative à l'immigration et à l'intégration, Journal officiel numéro 170 du 25 juillet 2006, page 11047 », *RCDIP*, 1^{er} janvier 2007, p.1.

²³ Chapitre V, article L. 135-1 du CESEDA.

d'une durée de trois ans et renouvelable a été créée afin de permettre à ces étrangers l'exercice de toute activité professionnelle²⁴. C'est bien une approche politique et utilitariste²⁵ de l'étranger qui est à l'œuvre dans cette loi puisqu'elle est censée pallier certaines pénuries de main-d'œuvre en France.

Cet utilitarisme migratoire n'est d'ailleurs pas nouveau. Tantôt, les étrangers représentent un atout indispensable à l'économie nationale, tantôt ils ne le sont plus. Il suffit pour s'en convaincre de faire simplement référence aux lendemains des deux guerres mondiales. Par exemple, à la suite à la seconde guerre mondiale, C. DE GAULLE, président du Gouvernement provisoire, faisait ainsi le constat suivant devant l'Assemblée consultative le 2 mars 1945 : « La France, hélas ! manque d'hommes et ce vide terrible se fait sentir, non seulement quant au nombre brut, mais encore quant à la qualité (...). De quelque façon que nous organisions notre travail national, nos rapports sociaux, notre régime politique, notre sécurité même, s'il est acquis que, décidément, le peuple français ne se multiplie plus, alors la France ne peut plus rien être qu'une grande lumière qui s'éteint »²⁶. Pour répondre à ce problème démographique lié aux pertes humaines pendant la guerre, la France a ainsi favorisé la venue d'une main d'œuvre étrangère. Pour ce faire, l'ordonnance du 2 novembre 1945²⁷ facilitait l'accès de nouveaux étrangers au marché du travail et l'acquisition de la nationalité.

Au contraire, à partir de 1974, à la suite du premier choc pétrolier, les pouvoirs publics vont décider de suspendre l'immigration économique et de contrôler plus strictement la venue des étrangers sur le territoire français. Un décret du 21 novembre 1975²⁸ introduit alors dans le code du travail une disposition prévoyant que la délivrance des autorisations de travail pourra être refusée pour des motifs tirés de la situation de l'emploi. Un autre décret du 10 novembre 1977²⁹ suspend l'admission au titre du regroupement familial pendant une durée de

²⁴ Article 15, article L. 315-1 et suivants du CESEDA.

²⁵ Voir D. LOCHAK, « Le tri des étrangers : un discours récurrent », *Plein droit*, n°69, juillet 2006, p.4 et s.

²⁶ C. DE GAULLE, *Discours et messages*, tome 1, Pendant la guerre, juin 1940-janvier 1946, Plon, 1970, p.530.

²⁷ Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, JO du 4 novembre 1945, p.7225.

²⁸ Décret n°75-1088 du 21 novembre 1975 pris pour l'application de l'article L. 341-4 du code du travail et relatif aux autorisations de travail délivrées aux travailleurs étrangers, JO du 25 novembre 1975, p.12075.

²⁹ Décret n°77-1239, du 10 novembre 1977, suspendant provisoirement l'application des dispositions du n°76-383 du 29 avril 1976 relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à résider en France, JO du 11 novembre 1977, p.5397.

3 ans à compter de la publication du décret sauf si les étrangers renoncent à accéder au marché du travail³⁰.

Une lecture de l'ensemble des réglementations qui ont été adoptées depuis, à l'égard des étrangers en France, confirmerait que toutes les normes ou presque dans ce domaine sont marquées par cette constante qu'est la volonté d'adapter les flux migratoires aux besoins internes de nature économique, démographique et politique. Ce sont « les trois logiques qui président aux mouvements d'immigration »³¹. L'affirmation de R.-F. LE BRIS selon laquelle la catégorie de l'étranger « est doué d'une remarquable plasticité, car [elle] doit se plier aux besoins économiques et socio-politiques du moment »³² confirme cette tendance. La position française n'est pas isolée. Au contraire, tous les États ont recours à la sélection des étrangers dans l'objectif de contrôler les flux et de répondre à des besoins nationaux.

B. L'étranger, une catégorie fondée sur la nationalité

L'étranger est une construction juridique imposée et maîtrisée par l'État qui nécessite de choisir le ou les critères permettant de former cette catégorie juridique. En effet, l'opération de transformation de la notion d'étranger en catégorie juridique se concrétise par l'introduction de cette notion dans un texte juridique qui fonde le régime applicable à ces personnes³³. Par conséquent, ce processus implique de procéder au préalable à la qualification juridique, c'est-à-dire à l'identification d'un « trait commun et différentiel »³⁴ permettant de distinguer l'«Autre» du «nous».

³⁰ Les recours conjoints du GISTI, de la CFDT et de la CGT ont abouti à l'annulation du décret (CE ass., 8 décembre 1978, n^{os} 10097, 10677, 10679, *Rec. CE* 1978, p.493) et par là-même, à la consécration du droit des étrangers de mener une vie familiale normale.

³¹ V. TCHEN, *Jurisque* Administratif, Fasc. 233-50, n^o1.

³² R.-F. LE BRIS, « L'étranger et ses métamorphoses. Quelques considérations contemporaines », *op. cit.*, p.233.

³³ D. LOCHAK, « La race, une catégorie juridique ? », in *Actes du colloque Sans distinction de... race* (27 et 28 mars 1992) - Presses de la FNSP, *Revue Mots*, n^o33, <http://www.anti-rev.org/textes/Lochak92a/>.

³⁴ S. BARBOU DES PLACES, « Les étrangers —saïs par le droit». Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *Migrations Société*, volume 22, n^o 128, mars-avril 2010, pp.35 et s.

La « loi de recrutement de ressortissants »³⁵, privilégiée dans les États de l'Union, repose unanimement sur la nationalité. Par exemple, le droit français définit les étrangers comme « des personnes qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité »³⁶. Cette définition a été initialement entérinée par le gouvernement de la Libération dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur l'entrée et le séjour des étrangers en France³⁷.

De fait, sur la base de ce critère, l'État définit ses nationaux et leur accorde un ensemble de droits dont sont exclus les étrangers. Ce critère juridique de définition de l'étranger qu'est la nationalité n'a d'ailleurs, selon P. LAGARDE, « d'intérêt juridique que par l'existence de différences entre le national et l'étranger »³⁸.

Chaque État, dans le cadre de sa compétence personnelle, définit de manière souveraine la population qui lui est rattachée en vertu de ce lien politico-juridique et *a contrario* ceux qui n'appartiennent pas à la communauté : les étrangers. Pour identifier l'étranger, il convient donc de se référer aux droits de la nationalité des États, ces derniers étant compétents pour fixer librement les règles de son acquisition. En effet, la détermination souveraine de la nationalité par les États est un principe fermement établi³⁹. Ils ont le monopole de la législation relative aux conditions dans lesquelles les personnes sont rattachées à l'État. Et, comme l'affirme O. LECUCQ, « rien n'est (...) moins neutre que le choix des modes d'accès à la nationalité, c'est-à-dire la sélection par l'État des catégories de personnes qu'il estime éligible à la qualité de national »⁴⁰ et *a contrario* ceux catégorisés comme étranger.

L'acquisition de la nationalité d'origine est traditionnellement fondée sur deux critères

³⁵ J. PILLAULT, « Du caractère politique de la notion de nationalité », *RCDIP*, t.12, n°1, 1916, p.14.

³⁶ Article L. 111-1 du Code général de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

³⁷ Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, JO du 4 novembre 1945, p.7225.

³⁸ P. LAGARDE, « Nationalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. «Quadrige-Lamy», 2003, p.1052.

³⁹ A. MAKAROV, « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, Vol. 74, 1949, p.319. Voir *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2.

⁴⁰ O. LECUCQ, « Propos introductifs. Nationalité et citoyenneté », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté. Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.15.

alternatifs qui sont des idéaux types. Le premier critère est celui de la filiation, le *jus sanguinis*. Est ainsi nationale toute personne née d'un national. Le second est lié au lieu de naissance, le *jus soli*. Est ainsi nationale toute personne qui est née sur le territoire quelque soit la nationalité de ses parents. Les codes de nationalité régis par le droit du sol sont généralement caractéristiques des pays d'immigration puisqu'ils favorisent l'accès à la nationalité, notamment des descendants des immigrés qui deviennent des nationaux en naissant sur le territoire de l'État d'installation. En effet, la nationalité peut également être acquise par un étranger après un événement personnel comme le mariage avec un national ou à la suite d'une naturalisation décidée par les autorités nationales.

Par exemple, la France, dans un contexte d'immigration lié au manque de main-d'œuvre et de déclin démographique, a introduit le principe du droit du sol en 1889⁴¹, mettant fin à l'absolutisme du *jus sanguinis*, consacré en 1804 dans le code civil qui lui-même rompait « avec la conception monarchique du *jus soli* qui attachait l'homme à la terre de son seigneur »⁴². C'est à cette même époque, au 19^{ème} siècle, que le *jus sanguinis* est devenu le droit commun en Europe, excepté notamment en Angleterre et au Portugal.

Depuis, la France n'a pas été le seul État à introduire des éléments du *jus soli* dans son droit de la nationalité. Depuis les années quatre-vingt, prenant conscience qu'ils étaient devenus des pays d'immigration, la plupart des États européens disposant d'un droit de la nationalité privilégiant le droit du sang l'ont modifié en y introduisant des éléments du droit du sol favorisant ainsi la naturalisation des étrangers résidant sur leur sol. C'est le cas par exemple de la Suède en 1980, des Pays-Bas en 1984, de la Belgique en 1984 ou encore de l'Allemagne en 1999⁴³. Nonobstant la tendance à la convergence des droits nationaux de la nationalité au sein de l'Union européenne, il existe toutefois un dosage de ces deux critères qui demeure propre à chaque État, avec toutefois une priorité au *jus sanguinis*, complété plus ou moins avec le *jus soli*.

⁴¹ Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, JO n°0172 du 28 juin 1889, p.2977.

⁴² P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris Grasset, 2002, p.56.

⁴³ P. WEIL, « L'accès à la nationalité : une comparaison de vingt-cinq lois sur la nationalité », in *Nationalité et citoyenneté, nouvelle donne d'un espace européen*, Travaux du centre d'études et de prévision du Ministère de l'Intérieur, mai 2002, n°5, pp.9-28.

Le choix d'une définition de l'étranger fondée sur la nationalité démontre que c'est l'État, dans l'exercice de sa souveraineté, qui peut «fabriquer» les nationaux et «fabriquer» les étrangers. Par cet acte de souveraineté, l'État organise juridiquement et politiquement le fait migratoire.

C. L'étranger, une catégorie marquée par l'exclusion

Si l'État crée la catégorie juridique de l'étranger, c'est parce qu'il ne souhaite pas que l'étranger, cette « homme en marge »⁴⁴, soit soumis au même droit que le national. Comme le rappelle F. JULIEN-LAFERRIERE, « le juriste ne crée généralement pas de catégories juridiques de façon purement gratuite : une catégorie juridique n'a de sens que si elle correspond à un régime juridique spécifique »⁴⁵. Une fois que le législateur a ainsi modelé la catégorie de l'étranger, qu'elle en a fixé la définition, il peut en fixer le régime.

L'étranger, catégorie juridique distincte du national, est ainsi le destinataire de règles particulières, plus précisément d'un « –droit de la différence» »⁴⁶. C. QUIMINAL relève, en effet, que « la discrimination liée à la définition de l'État-Nation constitue la matrice commune des catégories servant à classer les différentes figures de l'étranger »⁴⁷.

Ainsi, comme le relève C. BLUMANN, si « nul n'a jamais prétendu que les dispositions du droit national ne s'appliquaient qu'aux seuls nationaux »⁴⁸, et nonobstant « l'émergence de « droits –humains» qui, sont par définition, indépendants de l'appartenance

⁴⁴ R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, Litec, Coll. Objectif Droit, 5^{ème} éd, 2007, n°207 et s.

⁴⁵ F. JULIEN-LAFERRIERE, étrangers (Droit des) et Immigration, in J. ANDRANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. REAL et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. Quadriga, 2007, p.319

⁴⁶ S. MANSON, « Conclusion et synthèse », in E. SAULNIER-CASSIA et V. TCHEN (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p.148.

⁴⁷ C. QUIMINAL, « Nouvelles mobilités et anciennes catégories », *Ville-Ecole, Intégration*, n°131, décembre 2002, p.9.

⁴⁸ C. BLUMANN, « Le champ d'application personnel, horizon du droit communautaire ? Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, p.73.

nationale »⁴⁹, il n'en demeure pas moins que certains droits sont toujours refusés aux étrangers dans les États. C'est le cas tout d'abord de l'entrée et du séjour sur le territoire d'un État qui n'est pas le sien. Si l'État doit protection à ses nationaux, celle de pouvoir résider, de revenir et de ne pas être expulsé du territoire⁵⁰, en revanche, l'État peut fixer des conditions restrictives à l'entrée et au séjour des étrangers sur son territoire et les expulser pour des raisons notamment d'ordre public. L'État n'a aucune obligation d'accepter la présence d'un étranger sur son territoire. Aucune convention internationale relative aux droits de l'homme ne remet en cause ce principe. Sauf, convention internationale auquel il est partie, l'État peut ainsi réglementer l'accès des étrangers à son territoire en posant des conditions restrictives. Ces règles particularisée relatives au franchissement des frontières extérieures d'un État constituent le « noyau dur » du statut interne de l'étranger, elles « représentent le « régime de police » auquel sont soumis les étrangers »⁵¹. Ce régime de police propre aux étrangers est par exemple formalisé en France dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en France. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que l'étranger ne bénéficiait pas d'un droit à l'accès ou au séjour sur le territoire national et, que par conséquent, il était dans une situation juridique objectivement différente de celle des nationaux⁵². De même, l'accès à certains droits politiques, tels que le droit de vote aux élections municipales⁵³, et à certains droits civiques tels que le droit d'entrer dans la fonction publique⁵⁴ ou encore à

⁴⁹ G. DE LA PRADELLE, « Incidences du droit de l'Union sur la nationalité dans les États membres », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p.183.

⁵⁰ C'est ce qu'affirme l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays » et l'article 3 du Protocole 4 à la Convention européenne des droits de l'homme : « Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ».

⁵¹ C. COUNIL, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, p.24.

⁵² Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p.224.

⁵³ Article 3 de la Constitution française. Le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales a été élargi aux ressortissants des autres États membres. Voir la loi organique n°98-404 du 25 mai 1998 déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, JO n°120 du 26 mai 1998, p.7975.

⁵⁴ Article 5 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JO du 14 juillet 1983, p.2174. Les citoyens de l'Union ont désormais accès à la fonction publique (article 5 bis de la loi française portant droits et obligations des fonctionnaires du 13 juillet 1983, ajouté par la loi du 26 juillet 1991 portant

certaines activités économiques⁵⁵ demeurent des limites irrésistibles à l'assimilation de l'étranger au national en France.

Le droit des étrangers revient donc à créer un statut juridique particulier de l'étranger, l'excluant de certains droits réservés aux nationaux. En somme, « le statut de l'étranger est nécessairement discriminatoire. Traduction juridique d'une altérité, il ne confère jamais des droits et obligations totalement identiques à ceux du national »⁵⁶. L'étranger est ainsi une catégorie juridique diminuée sans autre considération que celle tirée de la nationalité.

Si seul l'État maîtrise le contenant (critère de la définition) et le contenu (régime) de la catégorie de l'étranger, une autre réalité émerge. Le cadre national comme seul cadre pour définir l'étranger est désormais remis en cause par l'émergence de nouvelles sources, précisément celles issues du droit de l'Union, nouveau cadre de définition de l'«Autre».

II. L'ÉTRANGER DANS L'UNION EUROPÉENNE

Les questions suscitées par l'étranger ne sont plus envisagées dans le seul cadre étatique. Elles n'ont pas échappé à l'emprise européenne et sont désormais envisagée dans un cadre interétatique. En effet, l'Union européenne construit «son étranger», une catégorie juridique opposée à celle relative des citoyens de l'Union qui « ne sont pas en principe, des étrangers mais des «naturels» de l'ordre à construire ou à consolider »⁵⁷. L'étranger, celui qui n'a pas la nationalité d'un État membre, est ainsi devenu progressivement de la compétence

diverses dispositions relatives à la fonction publique (JO du 14 juillet 1983, p.2174) : « les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois. Toutefois, ils n'ont pas accès aux emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques »).

⁵⁵ Par exemple, ils ne peuvent pas gérer un débit de boisson ou exploiter des cercles de jeu ou casinos. Ces deux professions ont été depuis ouvertes aux seuls ressortissants des autres États membres de l'Union (article L. 31 du code des débits de boisson et article 3 de loi du 15 juin 1907 relative aux casinos, JO du 16 juin 1907, p.4177).

⁵⁶ R.-F. LE BRIS, « L'étranger et ses métamorphoses. Quelques considérations contemporaines », *op. cit.*, p.234.

⁵⁷ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre juridique communautaire », *CDE*, 1995, n°3-4, p.351.

du droit de l'Union. Le droit issu de cet ordre juridique prend la forme d'un droit classique des étrangers tel qu'il existe dans les ordres juridiques nationaux (A) ou plus précisément un droit des ressortissants de pays tiers, cette appellation ayant été préférée à celle d'étranger (B).

A. L'étranger, une compétence progressive du droit de l'Union européenne

Pendant très longtemps, le non-européen n'était pas le destinataire de règles issues de l'Union particularisées et relatives aux étrangers telles qu'elles existent dans les droits nationaux. Face à une problématique politiquement sensible et difficile, les États membres ont initialement refusé d'attribuer une compétence migratoire à la Communauté. V. MICHEL évoque à propos des États lors de la fondation de la Communauté une « résistance-indifférence »⁵⁸ de leur part face à une possible gestion en commun des questions migratoires. Le Traité de Rome, qui fonde les Communautés européennes, ne contient ainsi aucune disposition sur l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers. L'ancien article 48 du traité CEE est relatif uniquement à la libre circulation des travailleurs communautaires. Seuls des accords d'association avec des États tiers ont été envisagés à partir des années soixante afin de favoriser l'immigration économique⁵⁹.

Les tentatives de développer une concertation européenne dans le domaine migratoire se sont ainsi heurtées à une opposition farouche des États membres. Cependant, dans les années soixante-dix, après le choc pétrolier et face à la crise économique, ces derniers ont admis la nécessité de réponses concertées afin de répondre aux défis de l'immigration⁶⁰. En 1974, la Commission européenne a ainsi initié un programme d'action sociale qui contenait notamment des propositions de mesures portant sur les politiques migratoires et le statut des travailleurs d'États tiers résidant sur le territoire communautaire. Dans une résolution du 21

⁵⁸ V. MICHEL, « La difficile formalisation des compétences. L'exemple des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp.491 et s.

⁵⁹ Voir par exemple, l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie du 12 septembre 1963, JO L 217 du 29 décembre 1964.

⁶⁰ D. MARTIN, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p.508.

janvier 1974⁶¹ relatif à ce programme d'action sociale, le Conseil ne s'y est pas opposé et a donné un accord de principe dans une résolution en date du 9 février 1976⁶². Mais, rapidement les États membres ont changé d'avis en contestant la compétence de la Communauté en matière migratoire et faute de consensus entre les États membres, toutes les autres propositions de la Commission dans ce domaine vont être vouées à l'échec.

Dans les années quatre-vingt, la question de la compétence de la Communauté en matière d'immigration se retrouve à nouveau sur le devant de la scène. Les États réunis au sein du Conseil vont ainsi inviter la Commission à définir un cadre juridique destiné à organiser la concertation des politiques migratoires à l'égard des États tiers. En 1985, la Commission a donc soumis au Conseil une communication relative aux « orientations pour une politique communautaire des migrations »⁶³. Elle a proposé plus précisément une politique visant à mieux contrôler les flux migratoires et de promotion de l'intégration des ressortissants des États tiers résidants dans les États membres. Et, c'est sur le fondement de l'article 118 CEE, devenu article 154 TFUE⁶⁴, qui l'habilite à encourager la coopération et faciliter la coordination des actions des États membres dans le domaine de la politique sociale, et notamment en matière d'emploi et de conditions de travail, qu'elle a adopté une décision visant à instaurer une procédure de communication préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers⁶⁵. Parmi les matières soumises à cette procédure figurait « la promotion de l'intégration professionnelle, sociale et culturelle » des

⁶¹ Résolution du Conseil, du 21 janvier 1974, concernant un programme d'action sociale, JO C 013 du 12 février 1974, p.1.

⁶² Résolution du Conseil, du 9 février 1976, concernant un programme d'action en faveur des travailleurs migrants et des membres de leur famille, JO C 034 du 14 février 1976, p.2.

⁶³ Communication de la Commission relative aux orientations pour une politique communautaire des migrations, COM(85) 48, final, *Bull. CE.*, supplément 9/85.

⁶⁴ L'article 118 CEE prévoyait que « Sans préjudice des autres dispositions du présent Traité, et conformément aux objectifs généraux de celui-ci, la Commission a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives à l'emploi, au droit du travail et aux conditions de travail, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la protection contre les accidents et les maladies professionnelles, à l'hygiène du travail, au droit syndical et aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs. À cet effet, la Commission agit en contact étroit avec les États membres, par des études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui intéressent les organisations internationales. Avant d'émettre les avis prévus au présent article, la Commission consulte le Comité économique et social ».

⁶⁵ Décision 85/381/CEE de la Commission du 8 juillet 1985 instaurant une procédure de communication préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers, JO L 217 du 14 août 1985, p.25.

travailleurs des États tiers et des membres de leur famille. Cependant, cinq États membres, l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, le Danemark et le Royaume-Uni s'y sont opposés de manière radicale en introduisant un recours en annulation devant la Cour de justice⁶⁶. Ils contestaient la compétence de la Commission au motif que les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers ne relevaient pas du domaine social au sens de l'article 118 CEE (154 TFUE). Ils ont fait valoir précisément que « ni l'article 118 ni aucune autre disposition du traité n'habilitent la Commission à prendre une décision obligatoire dans un domaine qui relève d'ailleurs de leur compétence exclusive »⁶⁷. Autrement dit, la Commission ne pouvait pas adopter des mesures contraignantes sur la base de l'article 118 CEE (154 TFUE) dans un domaine exclu du champ de la politique sociale au sens de cet article. Ce recours traduisait la crainte des États membres d'une intervention de la Commission dans le domaine de l'immigration.

La Cour de justice n'a accueilli que partiellement le recours. Parce que les travailleurs des États tiers exercent une influence sur le marché communautaire du travail et les conditions de travail, elle a considéré que la politique migratoire à leur égard entrait dans le champ de la politique sociale visée à l'ancien article 118 CEE (154 TFUE). Elle a donc reconnu un pouvoir d'action de la Communauté dans le champ de la politique migratoire par le biais de la politique sociale. Cependant, si parmi les matières concernées par la décision attaquée, la promotion de l'intégration professionnelle et sociale des immigrés était du ressort de la Communauté, elle a jugé que la Commission avait outrepassé ses compétences en étendant la concertation à l'intégration culturelle et annulé la décision de la Commission. Si la Commission a adopté une nouvelle décision⁶⁸ à la suite de cet arrêt, les États membres ont refusé catégoriquement de coopérer.

⁶⁶ Voir notamment, M.P. LANFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté européenne*, Paris, Economica, 1994, pp.20-33.

⁶⁷ CJCE, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes 281, 283, 284, 285 et 287/85, *Rec.*, p.3203, point 9. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de G. DESOLRE, « Compétence de la Communauté en général et de la Commission en particulier en matière de politique migratoire vis-à-vis des États tiers », *CDE*, 1990, p.453 ; V. CONSTANTINESCO et D. SIMON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. I.- Institutions et ordre juridique communautaire », *JDI*, 1988 p.493.

⁶⁸ Décision 88/384/CEE de la Commission du 8 juin 1988 instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers, JO L 183 du 14 juillet 1988, p.35.

L'adoption de l'Acte unique européen ne tranchera pas la question d'une possible compétence communautaire en matière d'immigration. La Déclaration n°6 annexée au traité indiquait qu'« Aucune de ces dispositions n'affecte le droit des États membres de prendre celles des mesures qu'ils jugent nécessaires en matière de contrôle et d'immigration des pays tiers (...) ». Toutefois, dans une Déclaration de politique générale annexée à ce même traité, était précisé qu'« en vue de promouvoir la libre circulation des personnes, les États membres coopèrent sans préjudice de la compétence de la Communauté, notamment en ce qui concerne l'entrée, la circulation et le séjour des ressortissants d'États tiers (...) ». Par cette déclaration, les États membres entendaient affirmer que les questions relatives aux ressortissants de pays tiers relevaient de leur compétence et que les réalisations dans ce domaine ne pouvaient se faire que dans le cadre de la coopération intergouvernementale.

La coopération intergouvernementale avait d'ailleurs été initiée avant même l'Acte unique européen par certains États membres en matière d'immigration et d'asile. Cette construction intergouvernementale a ainsi été concrétisée par la signature de l'accord de Schengen du 14 juin 1985⁶⁹. La convention d'application de ces accords (CAAS) du 19 juin 1990 consacre notamment un ensemble normatif relatif à l'entrée des étrangers et aux contrôles des frontières. Ils ont été signés à l'origine entre cinq États membres de la Communauté (la France, l'Allemagne et les trois du Benelux). Excepté le Royaume-Uni et l'Irlande, les autres États membres ont par la suite rejoint l'espace Schengen. L'immigration et l'asile qui ne faisaient pas l'objet de dispositions explicites dans les traités ont ainsi été initialement envisagés comme des mesures compensatoires⁷⁰ devant être adoptées afin de lutter contre l'insécurité résultant de la suppression des contrôles des personnes aux frontières intérieures. Concernant la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile dans l'un des États membres de la Communauté, initialement intégré dans le cadre du système Schengen, un nouvel accord a été conclu, la convention de Dublin⁷¹, le 16 juin 1990.

⁶⁹ Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique BENELUX, de la République d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1980. Voir, V. NREBLAY, *Les accords de Schengen : origine, fonctionnement et avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

⁷⁰ Sur ces aspects, voir M. GAUTIER, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de Justice et d'Affaires intérieures*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

⁷¹ Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée le 15 juin 1990 à Dublin, JO C 254 du 19 août 1997, p.1.

Il permettait ainsi au Royaume-Uni et l'Irlande, qui refusaient de participer aux autres matières couvertes par la CAAS, de collaborer en matière d'asile.

Véritable laboratoire de la construction d'un droit des étrangers de l'Union européenne, la coopération dite intergouvernementale⁷² dans l'espace Schengen a facilité la possibilité d'un transfert de compétences à l'Union européenne en matière de droit des étrangers. En 1992, un troisième pilier de l'Union européenne consacré à la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures comprenant notamment le droit des étrangers a été créé avec le Traité de Maastricht. Excepté la politique relative aux visas, les questions relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration sont ainsi intégrées dans l'Union dans le cadre de la coopération. Toutefois, si ce traité pose les fondements de la communautarisation du droit des étrangers, les apports ont été relativement maigres. Dans le cadre de la coopération intergouvernementale, le Conseil occupe une place fondamentale marginalisant les autres institutions⁷³. La compétence du Parlement européen n'est que consultative, celle de la Cour de justice est limitée par le traité UE et la Commission n'a pas usé de son droit d'initiative qu'elle partage avec les États membres. Comme le constate H. LABAYLE, elle a fait « profil bas »⁷⁴.

C'est le Traité d'Amsterdam signé le 20 octobre 1997⁷⁵ qui marque particulièrement une avancée majeure dans le développement d'une politique migratoire européenne en insérant un nouveau titre IV consacré aux « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation » dans le pilier communautaire. Il a également absorbé le système Schengen en transformant le droit qu'il a produit en droit de l'Union européenne. Cet acquis de Schengen a été transformé soit en droit du premier pilier, soit en droit du troisième pilier⁷⁶.

⁷² M. Gautier, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de Justice et d'Affaires intérieures*, op. cit.

⁷³ Sur ces aspects, voir M. GAUTIER, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de Justice et d'Affaires intérieures*, op. cit.

⁷⁴ H. LABAYLE, « La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures », in P. MANIN (dir.), *La révision du traité sur l'Union européenne, perspectives et réalités*, Paris, Pedone, 1996, p.132.

⁷⁵ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, JO C 340 du 10 novembre 1997, p.1.

⁷⁶ Voir décision n°1999/435/CE du 20 mai 1999 relative à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis et décision n°1999/436/CE du 20 mai 1999 déterminant la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen, JO L 176 10 juillet 1999.

Le traité a ainsi communautarisé le droit de l'immigration et de l'asile.

Cependant, cette communautarisation était partielle. Il faut modérer immédiatement cette avancée «communautarisante» tant ce nouveau titre IV TCE est complexe et générateur d'un «imbroglio»⁷⁷. Il a ainsi créé un «désappointement des défenseurs de l'orthodoxie communautaire»⁷⁸. En effet, ce titre était affecté d'un «mal congénital»⁷⁹ parce qu'il empruntait à la fois à la coopération et à l'intégration. D. BOUTELLET-PAQUET évoque un «pilier bis» puisqu'il ne présente pas la totalité des ingrédients classiques de la communautarisation⁸⁰, la procédure consacrée faisant place à l'expression des intérêts étatiques. Si les États membres étaient conscients de la nécessité d'un traitement en commun de la question de l'immigration et de l'asile, ils n'étaient pas prêts à consentir pleinement un abandon de leurs prérogatives dans un domaine étroitement lié à la souveraineté d'où un engagement très timide de leur part. Ce titre, face à la frilosité des États membres, a donc fait l'objet de plusieurs compromis⁸¹. Toutefois, malgré ses imperfections, il faut reconnaître avec V. MICHEL que l'avancée est louable puisqu'une partie du troisième pilier fut communautarisée et que des objectifs furent enfin posés. Comme le relève P. DE BRUYCKER, il ne faut pas sous-estimer le Traité d'Amsterdam. Car, s'il ne communautarise que partiellement la politique d'immigration et d'asile, il constitue toutefois «la charnière qui a véritablement permis d'enclencher la dynamique du passage progressif de politiques d'immigration nationales vers une politique commune en dotant la Communauté européenne des moyens nécessaires à sa fondation (...) et en l'inscrivant dans le cadre plus large de l'espace de liberté de sécurité et de justice qui s'est très rapidement imposé comme l'un des objectifs nouveaux mais majeurs de l'Union européenne»⁸². Cette communautarisation de la politique d'asile et d'immigration a permis l'adoption de plusieurs instruments législatifs communautaires contribuant à l'émergence d'un régime européen de l'étranger.

⁷⁷ H. BRIBOSIA, «L'espace de liberté, sécurité et justice : un imbroglio d'un nouvel espace», *RMUE*, 1998/1, p.27.

⁷⁸ V. MICHEL, «La difficile formalisation des compétences. L'exemple des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration», *op. cit.*, p.492.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ D. BOUTELLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, Bruxelles, Bruylant, coll. Logiques juridiques 2001, p.172.

⁸¹ Voir, *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1.

⁸² P. DE BRUYCKER, «L'émergence d'une politique européenne d'immigration», in P. DE BRUYCKER (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, coll. de l'ULB, 2003, p.11.

Le progressif passage vers une politique commune a été confirmé dans le Traité de Lisbonne⁸³. Alors que l'ancien article 63 TCE se référait aux mesures relatives à la politique d'immigration, l'article 79 TFUE dispose désormais que l'Union développe une politique commune de l'immigration. Ce changement sémantique témoigne de la volonté politique de poursuivre un processus d'intégration approfondi et d'organiser une répartition des compétences entre les États et l'Union dans un sens plus favorable à celle-ci⁸⁴. Mais, la compétence de l'Union devra coexister avec celle des États. Dans un domaine aussi sensible qu'est le droit des étrangers, les États ne sont pas prêts à se dessaisir de leurs compétences. Ces domaines demeurent, en effet, expressément présentés comme relevant de la catégorie de compétences partagées⁸⁵. Une chose est alors évidente : les États demeurent les maîtres du jeu dans ce domaine.

Force est toutefois d'admettre que le droit des étrangers de l'Union européenne s'est particulièrement développé et, ce malgré la jeunesse de cette politique européenne. Globalement, tous les éléments du droit de l'immigration et de l'asile ont été saisis par le droit de l'Union.

B. Une dénomination proprement européenne de l'étranger : le ressortissant de pays tiers

Les ressortissants d'États non membres de l'Union européenne ne sont pas qualifiés d'étrangers dans les traités ou dans les dispositions du droit dérivé⁸⁶. Notion apparemment univoque et universelle, la terminologie «étranger» est alors ignorée du droit de l'Union européenne, elle n'appartient pas à son lexique. Ce n'est pas «une notion familière» du droit de l'Union⁸⁷. Certes, ce terme apparaît à sept reprises dans les traités mais jamais à propos des

⁸³ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 306 du 17 décembre 2007, p.1.

⁸⁴ Y. PASCOUAU, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Paris, LGDJ, 2010, p.25.

⁸⁵ Article 4 TFUE.

⁸⁶ S. PEREZ, « L'étranger dans l'Union européenne », in M. REYDELLET (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges*, Paris, L'Harmattan, coll. Champs libres n°7, 2008, p.67.

⁸⁷ S. ROBIN-OLIVIER, « L'étranger et la citoyenneté européenne. Lecture de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in A. LYON-CAEN, et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris,

ressortissants des États tiers. Il est utilisé pour qualifier les ressortissants d'États membres dans le cadre des dérogations à la liberté d'établissement pour des raisons d'ordre public⁸⁸, comme adjectif accolé au substantif «investissement» en matière de politique commerciale commune⁸⁹ et à propos des fonctionnaires européens⁹⁰ lorsqu'ils se rendent à l'étranger.

Ce terme n'est jamais consacré à propos de l'«Autre», celui qui n'appartiendrait pas à la communauté de référence, l'Union européenne. Seule la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990⁹¹ signé en marge des Communautés avant d'être intégrée à l'Union par le Traité d'Amsterdam fait explicitement référence aux «étrangers». Il s'agit d'ailleurs de « la première manifestation d'un glissement au moins sémantique de la notion d'étranger hors de la sphère étatique »⁹².

Sur cette absence de consécration européenne dès l'origine de l'expression «étranger», S. ROBIN-OLIVIER insiste sur le fait que « la préoccupation première a consisté à unir les ressortissants des États membres, étrangers les uns aux autres, dans une catégorie d'égaux, que l'Union reconnaît peu à peu comme ses citoyens. Les ressortissants des pays tiers sont donc le résultat, en négatif, de ce «rapprochement des peuples d'Europe» »⁹³. Cette expression, «ressortissant de pays tiers», est depuis celle qui vise les étrangers à l'Union européenne.

Pourquoi la terminologie «étranger» n'est-elle pas préférée à celle de «ressortissant de pays tiers» dans le droit primaire et dérivé de l'Union européenne ? Très utile, cette terminologie apparaît « commode en raison de son apparente neutralité »⁹⁴. F. JULIEN-LAFFERRIERE, pour expliquer cette commodité de langage, précise que « ce n'est pas un

Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p.185.

⁸⁸ Art. 62 TFUE, paragraphe 1.

⁸⁹ Art. 206 et 207, paragraphes 1 et 4.

⁹⁰ Art. 7 et 11 TFUE.

⁹¹ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22/09/2000, p.19.

⁹² S. PEREZ, « L'étranger dans l'Union européenne », *op. cit.*, p.65.

⁹³ *Ibid*, p.186.

⁹⁴ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p.351.

hasard que le terme «étranger» a disparu du vocabulaire du droit communautaire et de l'Union européenne au moment même où le Traité de Maastricht créait la «citoyenneté européenne» : partageant la même citoyenneté –à défaut de partager la même nationalité–, les ressortissants des États membres ne peuvent plus être considérés comme étrangers les uns aux autres ; les étrangers ne sont plus que les personnes extérieures à l'Union ». Il précise que « c'est pour éviter les ambiguïtés qui peuvent naître d'une telle confusion de vocabulaire que les textes communautaires récents, postérieurs au Traité d'Amsterdam, n'emploient plus le terme «étranger», mais l'expression «ressortissant de pays tiers» »⁹⁵.

De même, S. BARBOU DES PLACES relève qu'« il serait surprenant de parler de «ressortissant d'État tiers» dans le cadre d'un ordre juridique interne. L'étranger est par essence ressortissant d'un État tiers à celui dans lequel il se trouve. Le terme ne trouve sa justification que dans le cadre communautaire, où il incombe de distinguer les États membres et les États tiers »⁹⁶. Il est ainsi possible d'affirmer qu'il s'agit d'une notion proprement européenne, qu'elle n'a de valeur et une fonction que dans l'ordre juridique de l'Union. Elle permet de définir les personnes qui sont exclues du bénéfice des libertés européennes.

Cependant, l'expression même de «pays tiers» a pu être qualifiée de « juridiquement inadéquat(e) »⁹⁷. En ce sens, F. JULIEN-LAFERRIERE constate que « dans le vocabulaire communautaire, les membres de la Communauté et de l'Union ont droit à l'appellation «États», tandis que les tiers ne sont que des «pays», terme sans justification juridique... »⁹⁸. La notion de «pays tiers» semble pourtant pouvoir être justifiée. P. DUMAS relève qu'elle permet, d'une part, d'englober les étrangers à l'Union qui proviennent de pays qui ne sont pas reconnus comme étant des «États» et, d'autre part, certains ressortissants des territoires britanniques d'outre-mer. Ces derniers ont la qualité de «sujets britanniques» sans posséder la nationalité britannique, mais ils ne sont pas non plus des ressortissants d'un État tiers⁹⁹.

⁹⁵ F. JULIEN-LAFERRIERE, « étrangers (Droit des) et Immigration », *op. cit.*, p.319

⁹⁶ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, Thèse, Université Nancy II, 1996, dactyl., p.171

⁹⁷ H. DUMONT, « La politique européenne d'immigration : synthèse des travaux en atelier », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit, XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, p.372.

⁹⁸ F. JULIEN-LAFERRIERE, « étrangers (Droit des) et Immigration », *op. cit.*, p.319.

⁹⁹ P. DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union*

L'étranger est désormais saisi par le droit de l'Union. Et, il faut admettre que le corpus normatif relatif aux ressortissants de pays tiers est particulièrement dense et se superpose désormais aux droits nationaux des étrangers. Le processus européen de catégorisation des étrangers remet en cause de l'État comme unique cadre catégoriel de l'étranger. Sur le territoire national, l'étranger est désormais un sujet du droit de l'État membre et du droit de l'Union.

III. L'ÉTRANGER, ENTRE L'ÉTAT MEMBRE ET L'UNION EUROPÉENNE

Avec le développement de compétences de l'Union en matière migratoire, les questions juridiques suscitées par les étrangers change d'échelle pour se poser d'avantage au niveau de l'Union qu'à celui de chaque État membre pris individuellement. Ainsi, l'on pourrait penser de prime abord que la définition de l'étranger dans l'Union se substitue aux définitions nationales et, que le droit de l'Union des étrangers se traduit par une unification des règles applicables dans les États membres. La réalité est évidemment toute autre.

D'une part, chaque État membre demeure compétent pour déterminer souverainement, selon son propre droit de la nationalité, qui sont «ses étrangers». Dans les ordres juridiques internes, l'étranger demeure défini comme celui qui n'a pas la nationalité de l'État. En ce sens, l'article L. 111-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le définit comme l'individu qui n'a pas la nationalité française. Par conséquent, du point de vue du droit national, les ressortissants des autres États membres demeurent formellement des étrangers, alors que dans l'ordre juridique de l'Union, ils n'ont pas cette dénomination. Du point de vue du droit de l'Union, l'étranger est, en effet, celui qui n'est pas un citoyen de l'Union parce qu'il ne possède pas la nationalité d'un État membre, mais est un ressortissant de pays tiers. Il n'existe donc pas un cadre de référence pour définir l'étranger sur le territoire de l'Union mais deux cadres de référence qui se superposent : l'Union européenne et les 28 États membres.

D'autre part, le transfert de compétences en matière de droit des étrangers à l'Union européenne ne se traduit pas par une unification des régimes nationaux sur le territoire des États membres. Certes, l'État n'a plus le monopole normatif en droit des étrangers. Cependant, si le droit des étrangers est désormais érigé au rang de « politique commune »¹⁰⁰ dans le titre IV du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les États n'ont pas renoncé à leur compétence dans ce domaine qui demeure expressément présenté dans le traité comme relevant de la catégorie des compétences partagées¹⁰¹. Il n'existe pas un droit unique des étrangers mais un droit de l'Union qui cohabite avec les législations nationales. Le droit de l'Union des étrangers ne se pose pas en 29^{ème} droit de réunion¹⁰² ayant vocation à se substituer aux 28 droits nationaux pour n'en former qu'un seul. L'étranger qui entre et/ou séjourne sur le territoire de l'Union demeure soumis à un droit différencié selon l'État membre d'accueil de sa situation. En outre, le chiffre 29, implique nécessairement que préexistent 28 autres droits. Or, cette hypothèse est également contrariée dès lors que certains États membres ne participent que partiellement au développement d'un droit de l'Union européenne de l'étranger, tels que le Royaume-Uni, le Danemark ou l'Irlande, ou, qu'au contraire, certains États tiers, la Norvège, l'Islande, le Lichtenstein et la Suisse sont liés par certains éléments de ce droit. De fait, le droit des étrangers est, pour reprendre une expression de P. ICARD, entaciné dans l'« appareillage normatif » tant de l'Union européenne que des États membres »¹⁰³.

Par conséquent, l'étranger est à la fois un sujet du droit de l'État membre et du droit de l'Union européenne. L'analyse de la catégorisation de l'étranger tant au niveau de l'Union européenne qu'au niveau national prouve que ces processus, désormais imbriqués, sont complexes et, que les interactions entre les deux niveaux mettent en tension la catégorisation nationale de l'étranger. Ces tensions entourant la catégorisation nationale des étrangers s'accroissent à mesure que les deux niveaux, Union européenne et État membre, interagissent

¹⁰⁰ Les articles 67, 77, 78 et 79 TFUE font expressément référence à des politiques communes en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures.

¹⁰¹ Article 4 TUE.

¹⁰² Ateliers européens de doctorants, « Le droit européen de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, un 28^{ème} droit ? », Bayonne, 10 et 11 juin 2010, *Revue Lamy Droit des affaires*, 2011, n°58, p.57.

¹⁰³ P. ICARD, « « Mondialisation, immigration : histoire d'un paradoxe communautaire », Colloque organisé par la faculté de droit de Clermont Ferrand, 2003, « Mondialisation, traçabilité et libre circulation », *RDUE*, 2003, n°2, pp.409 et s.

et, que les contraintes de l'un produisent des effets sur l'autre.

La superposition de deux espaces normatifs de référence pour l'étranger crée un « brouillage »¹⁰⁴ de la catégorie interne de l'étranger. Le statut de l'étranger dans l'État voit se croiser en son sein deux ordres juridiques : le droit dudit État et le droit de l'Union. Face à l'émergence d'un nouveau cadre de référence de définition de l'«Autre», les étrangers dans l'État sont, par conséquent, assujettis à un environnement de pluralisme juridique européen : pluralité des appartenances et pluralité des normes entendue comme « l'existence simultanée de règles de droit différentes s'appliquant à des situation identiques au sein d'une société déterminée »¹⁰⁵. Ce pluralisme juridique européen, dans ses deux composantes, aboutit à ce que, au sein de l'État membre et entre les États membres, coexistent des règles de droit différentes s'appliquant à des étrangers dans des situations identiques.

Les effets directs que les catégories de citoyen de l'Union et de ressortissants de pays tiers produisent dans les droits nationaux intéressent ainsi les rapports entre l'Union et les États membres. La complexification normative induite par la pluralité européenne des appartenances et des normes conduit à s'interroger sur la capacité du processus interne de catégorisation de l'étranger à résister au droit de l'Union. Elle interroge, dans le même temps, sur la capacité du processus européen de catégorisation de l'étranger à s'autonomiser du cadre étatique.

Le premier mouvement de la thèse se propose ainsi d'étudier tout d'abord les influences du droit de l'Union sur le critère national de l'étranger. Les deux cadres de définition de l'étranger, étatique et de l'Union, se superposent. Autrement dit, la définition européenne de l'étranger ne se substitue pas à la définition nationale. Ces deux cadres de définition de l'étranger sont toutefois étroitement imbriqués puisqu'ils reposent chacun sur le lien de nationalité étatique. L'on pourrait ainsi estimer que la définition de la nationalité demeure hors de la portée de l'Union. Il s'est agi toutefois de s'interroger sur les conséquences de la catégorisation européenne des citoyens de l'Union et des étrangers sur le critère de la nationalité. Cette analyse de l'influence du droit de l'Union sur le critère national

¹⁰⁴ Expression empruntée à M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III) – La refondation des pouvoirs*, Paris 2007, p.143.

¹⁰⁵ A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p.214.

de la définition de l'étranger conduit *in fine* à démontrer que le critère européen de la définition de l'étranger tend à une autonomisation.

Le second mouvement de la thèse se propose d'analyser les incidences du droit de l'Union sur le droit national des étrangers. Certes, l'État possède désormais une compétence partagée avec l'Union en matière de droit des étrangers. Toutefois, et nonobstant l'harmonisation européenne du droit des étrangers, il n'existe pas un droit unique des étrangers s'appliquant sur le territoire des États membres. Si le traité sur le fonctionnement de l'Union qualifie les politiques d'immigration et d'asile de « communes »¹⁰⁶, « politique commune ne signifie pas compétence exclusive de l'Union »¹⁰⁷. La compétence migratoire de l'Union appartient à la catégorie de « compétences conjointes à dominante nationale »¹⁰⁸. Les États demeurent ainsi titulaires de la compétence de principe et, conservent une marge de manœuvre en vue d'agir dans les domaines considérés, même en cas d'exercice de leurs pouvoirs par les institutions de l'Union. Aussi, certaines catégories d'étrangers échappent à la compétence de l'Union. C'est le cas, notamment, du membre de la famille d'un national qui, contrairement au membre de la famille d'un citoyen de l'Union, relève de la seule compétence des États. Entre les États et dans l'État, coexistent ainsi différents droits. La dualité du cadre catégoriel, dans lequel s'insère désormais l'étranger, ressortissant de pays tiers, aboutit ainsi à une différenciation normative au sein de l'État membres et entre les États membres. Et, ce qui s'impose, à la lecture du droit auquel est désormais soumis aujourd'hui l'étranger, c'est désormais le grand désordre d'un droit fragmenté, d'un « mille-feuille juridique »¹⁰⁹. Parce que le régime auquel est soumis l'étranger est désormais « écartelé entre le droit [de l'Union] et les droits nationaux »¹¹⁰, voire entre le droit national et le droit de l'Union, T. DI MANNO compare le droit des étrangers à un « droit-carrefour »¹¹¹. Il s'est

¹⁰⁶ Article 67 TFUE.

¹⁰⁷ P. DE BRUYCKER, « Le traité de Lisbonne et les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », *RAE*, n°2, 2007-2008, pp.223-241

¹⁰⁸ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la communauté européenne*, Paris, l'Harmattan, 2003, pp.158-166 ; « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, n° 1-2, pp.63-69.

¹⁰⁹ S. MANSON, « Conclusion et synthèse », in E. SAULNIER-CASSIA et V. TCHEN (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p.147

¹¹⁰ P. ICARD, « Mondialisation, immigration : histoire d'un paradoxe communautaire », Colloque organisé par la faculté de droit de Clermont Ferrand, 2003, « Mondialisation, traçabilité et libre circulation », *RDUE*, 2003, n°2, pp.409 et s.

¹¹¹ T. DI MANNO, « Présentation », in T. DI MANNO et M.-P. ÉLIE (dir.), *L'étranger : Sujet du droit et sujets*

donc agi de démontrer que cette différenciation normative conduit à une mise en concurrence des droits nationaux aboutissant paradoxalement à une harmonisation spontanée des droits nationaux.

La mise à l'épreuve du critère national de l'étranger par le droit de l'Union (PARTIE II) et la mise en concurrence du droit national de l'étranger par et avec le droit de l'Union (PARTIE II) aboutit à reconsidérer l'hypothèse selon laquelle la catégorie européenne de l'étranger ne serait pas autonome et renforcerait l'État.

PARTIE 1. LA MISE À L'ÉPREUVE DU CRITÈRE NATIONAL DE L'ÉTRANGER
PARTIE 2. LA MISE EN CONCURRENCE DU DROIT NATIONAL DE L'ÉTRANGER

PARTIE 1

LA MISE À L'ÉPREUVE DU CRITÈRE NATIONAL DE L'ÉTRANGER

La réponse à la question du critère de la définition de l'étranger ne trouve seulement sa réponse, non univoque, que dans chaque État membre. C'est donc dans la confrontation avec l'État, et de l'État seulement, que naît le statut juridique de l'étranger. De la souveraineté de l'État dépend ainsi le statut de l'étranger, statut lié à une catégorie construite à partir d'un seul et unique critère : la nationalité. L'étranger est alors opposé au national et, est soumis à un statut juridique discriminant¹¹² moins favorable que celui applicable au national. Cependant, dans les États membres, il est désormais nécessaire de compter avec l'émergence d'un niveau de « fabrication » supranational de catégories de personnes physiques : l'Union européenne qui « reconstruit son étranger », l'« Autre » distinct des citoyens de l'Union. De fait, l'État n'est plus le seul cadre de définition des appartenances juridiques.

Coexistent ainsi deux cadres catégoriels de définition de l'étranger qui se superposent : l'État membre et l'Union européenne. Ils sont également imbriqués puisqu'ils reposent sur un même critère : la nationalité. L'Union européenne ne contrôle donc pas le lien de rattachement effectif à son ordre juridique, il transite par les droits nationaux. Partant, ce sont les États membres qui définissent les citoyens et les étrangers dans l'Union. L'on pourrait ainsi penser, de prime abord, que le processus européen de catégorisation des étrangers ne résiste pas au principe bien établi de la souveraineté nationale. Le choix d'un critère, fondé sur la pluralité des nationalités des États, empêcherait le dépassement du cadre étatique dans la définition européenne de cette catégorie et, préserverait dans le même temps le droit de la nationalité des États membres.

L'analyse des rapports entre les catégories européennes et la nationalité étatique conduit toutefois à une conclusion plus nuancée. Certes, la liaison entre le droit de la nationalité des États et ces catégories est irréductible. Cependant, la re-catégorisation de

¹¹² Ce traitement particulier réservé à l'étranger est une singularité qui imprègne toute l'histoire du droit des étrangers. « Passé ou présent, il y a toujours eu des étrangers jouissant d'un statut plus ou moins particuliers, différent de celui des personnes qu'on ne considère pas comme des étrangers », (J. GILISSEN, « L'étranger », in *Recueil de la société de Jean Bodin*, Librairie encyclopédique de Bruxelles, 1958, p.5.).

l'étranger, devenu citoyen de l'Union, est perturbante pour le critère national de l'étranger si bien que le « modèle » étatique de catégorisation des étrangers fondé sur la nationalité est déstabilisé. Cela ne veut pas dire pour autant que ce modèle soit fondamentalement remis en cause. Cela signifie cependant qu'une transformation significative est à l'œuvre, le droit de l'Union exerçant sur la définition nationale de l'étranger des altérations ou, pour reprendre l'expression utilisée par R.-F. LE BRIS, des « métamorphoses »¹¹³ plus ou moins profondes. La re-catégorisation nationale de l'étranger, devenu citoyen de l'Union, aboutit à un encadrement de l'exercice de la compétence des États dans la définition de la nationalité (Titre 1) et une altération de la fonction distinctive de la nationalité (Titre 2).

¹¹³ R.-F. LE BRIS, « L'étranger et ses métamorphoses. Quelques considérations contemporaines », *op. cit.*, p.233.

TITRE 1

LA DÉFINITION DE LA NATIONALITÉ, UNE COMPÉTENCE ÉTATIQUE ENCADRÉE PAR LE DROIT DE L'UNION

La nationalité, conformément au droit international général, relève dans l'ordre juridique de l'Union de la compétence exclusive des États membres¹¹⁴. Les traités n'attribuent, en effet, aucune compétence à l'Union dans ce domaine. Pourtant, la nationalité occupe une place fondamentale au sein de cet ordre juridique. La double fonction d'inclusion et d'exclusion des ressortissants attachée à la nationalité y est reproduite à l'identique. En effet, la distinction européenne entre les citoyens de l'Union et les ressortissants d'États tiers repose sur ce critère. Les premiers partagent cette caractéristique essentielle commune de posséder la nationalité d'un État membre, ce qui les distingue des seconds. L'Union reproduit ainsi le modèle étatique de distinction entre le national et l'étranger (Chapitre 1). Plus qu'un emprunt aux droits des États membres, ce critère de distinction est subordonné à ces derniers. Il n'est pas autonome puisqu'il n'existe pas de «nationalité européenne» qui se substituerait ou rivaliserait la nationalité interne¹¹⁵. Les définitions européennes du citoyen et de l'étranger sont en réalité des définitions interétatiques fondées sur la pluralité des nationalités des États membres. Le lien d'appartenance juridique à l'Union procède ainsi des droits des États membres. Il ne peut donc pas s'affranchir du référent national. Toutefois, si l'État est maître du lien entre la nationalité et les catégories européennes du citoyen et de l'étranger, l'on assiste, dans certaines hypothèses, à un renversement de ce rapport qui interroge sur la possible émergence d'un droit de l'Union de la nationalité (Chapitre 2).

¹¹⁴ CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres contre Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90, *Rec.*, p. I-04239 (ci-après arrêt «*Micheletti*»), point 10 ; CJCE, 11 novembre 1999, *État belge contre Fatma Mesbah*, aff. C-179/98, *Rec.*, p. I-07955 (ci-après arrêt «*Mesbah*»), point 29 ; CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Dep.*, aff. C-200/02, *Rec.*, p. I-09925 (ci-après «arrêt *Chen*»), point 37 ; CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann contre Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, *Rec.*, p. I-01449 (ci-après «arrêt *Rottmann*»), point 39.

¹¹⁵ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, op. cit., p.13.

CHAPITRE 1

L'APPROPRIATION EUROPÉENNE DU CRITÈRE DE LA NATIONALITÉ

Dans les ordres juridiques internes, la fonction de la nationalité est double. Comme le rappelle S. BARBOU DES PLACES, « elle consiste d'abord à déterminer qui sont les nationaux d'un État, afin de leur attribuer un statut précis ; elle consiste en plus à différencier ces ressortissants des étrangers, afin de traiter les étrangers différemment »¹¹⁶. Il importe de déterminer si cette double fonction de la nationalité se développe de façon similaire dans l'ordre juridique de l'Union. Cette analyse permet, en effet, de rechercher si la nationalité comme critère consistant à définir et différencier les personnes au sens du droit national, trouve parallèlement son prolongement dans l'ordre juridique de l'Union.

Une approche en deux temps révèle *in fine* que la double fonction de la nationalité a été transposée à l'identique dans l'ordre juridique de l'Union. D'une part, la première fonction de la nationalité, à savoir la fonction de délimitation des ressortissants à qui il est attribué un statut particulier et préférentiel, est confirmée à travers la création du statut de citoyen de l'Union dont découlent des droits qui leur sont en principe exclusivement réservés. D'autre part, la seconde fonction de la nationalité trouve également et très logiquement, une signification dans l'ordre juridique de l'Union, dès lors que « la constitution d'un « nous » s'acquiert toujours au prix d'une coupure, d'une distance accrue vis-à-vis des autres »¹¹⁷. Le critère de la nationalité permet d'exclure les étrangers du statut de citoyen de l'Union et de justifier l'application à ces derniers, comme dans les droits nationaux, d'un régime de restriction. Ce constat d'une catégorisation européenne des personnes calquée sur les droits nationaux mérite toutefois une approche nuancée. Contrairement aux droits des États membres, la nationalité présente cette spécificité de ne pas être un critère unique et exclusif dans l'ordre juridique de l'Union. De par cette nature, il se révèle d'une part, un critère de rattachement au droit de l'Union certes essentiel mais insuffisant (Section 1) et d'autre part, partiellement démenti. Au terme d'un processus d'inclusion progressif, certains ressortissants d'États tiers accèdent à certains droits de la citoyenneté de l'Union (Section 2).

¹¹⁶ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, op. cit., p.168.

¹¹⁷ D. LOCHAK, « La citoyenneté européenne : facteur d'union ou vecteur d'exclusion », in G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, pp.5 et s.

SECTION 1. LA NATIONALITÉ, CRITÈRE ESSENTIEL DE RATTACHEMENT AU DROIT DE L'UNION

Le découpage catégoriel entre les bénéficiaires et non bénéficiaires des droits conférés par le droit de la libre circulation et de la citoyenneté de l'Union s'est construit sur le fondement du critère de la nationalité. Dès l'origine, la construction européenne « portait dans son code génétique cette reconfiguration de la dichotomie –nous-eux»¹¹⁸ : les ressortissants des États membres et les ressortissants d'États tiers. Toutefois, si la nationalité est l'unique critère d'accès au statut de citoyen de l'Union (Paragraphe 1), contrairement aux droits nationaux, il s'agit d'une condition insuffisante d'exercice des principaux droits attachés à ce statut (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La nationalité, unique critère d'accès au statut de citoyen de l'Union

« Même d'un point de vue purement logique, il n'est pas possible de concevoir une Union politique sans une délimitation précise et sans que soient définies les personnes appartenant à cette Union »¹¹⁹, affirme P. SOLBES MIRA. En effet, « à quoi servirait le développement de droits qui ne trouveraient pas de bénéficiaires ? »¹²⁰, s'interroge également S. BARBOU DES PLACES. Pour ce faire, les rédacteurs du Traité de Rome avaient le choix entre deux principaux critères : la nationalité et la résidence qui sont les deux critères traditionnellement utilisés pour préciser le champ d'application personnel d'une norme de droit national ou de droit international¹²¹. Le premier est le lien d'appartenance de l'individu à l'État alors que le second est lié au territoire sur lequel se trouve l'individu. Le choix entre

¹¹⁸ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union européenne : différences de traitement et protection », in *Droit international et nationalité*, Colloque SFDI de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, p.426.

¹¹⁹ P. SOLBES MIRA, « La citoyenneté européenne », *RMC*, 1991, p.169.

¹²⁰ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, *op. cit.*, p.152.

¹²¹ *Ibid.*

ces deux critères était alors significatif de la volonté ou non des États fondateurs de privilégier une application du droit communautaire uniquement à leurs ressortissants ou bien à toute personne résidant sur leur territoire, incluant ainsi les étrangers établis en permanence et légalement dans l'un de ces États membres.

C'est finalement le choix du premier critère, à savoir la nationalité, qui a été consacré par le droit primaire et le droit dérivé, comme critère d'identification des bénéficiaires privilégiés des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union aux personnes physiques (A) et, par analogie comme critère négatif d'identification des étrangers (B).

A. La consécration de la nationalité comme critère de la définition des citoyens de l'Union

« Si le traité de Rome se préoccupe avec force détails de son champ d'application territorial, il se montre en revanche beaucoup plus discret sur son champ d'application personnel »¹²² remarque C. BLUMANN. Quand bien même le Traité de Rome s'adresse aux personnes, il se révèle, en effet, « assez évasif »¹²³ sur la qualité des bénéficiaires des droits qu'il octroie. De plus, il ne comporte pas ni ne fait allusion aux étrangers à la Communauté européenne. Faut-il en conclure que les rédacteurs du Traité de Rome n'ont pas souhaité exclure du champ d'application personnel les étrangers à la Communauté européenne ?

Dès le préambule du Traité de Rome et comme le relève la doctrine, les rédacteurs utilisent une terminologie générique « équivoque »¹²⁴ voire « trompeuse »¹²⁵ lorsqu'ils mettent en exergue leur détermination à « établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens » et à améliorer les « conditions de vie et d'emploi de leurs peuples ». Il ne fait aucunement mention de « nationaux » ou d'individus résidant sur le

¹²² C. BLUMANN, « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, p.73.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2007, p.118.

¹²⁵ H. RANNOU, « La citoyenneté européenne et l'immigration », *RAE*, 2000, p.41.

territoire de l'un des États membres. Il est ainsi possible de penser que le Traité de Rome s'adresse à l'ensemble des ressortissants sans distinction aucune. Cependant, cette conclusion est hâtive. C'est ainsi que S. BARBOU DES PLACES relève que « le pluriel employé n'est pas neutre. Il suggère l'idée que l'Europe est basée sur une pluralité de peuples, et cette diversité des peuples peut être attachée à la diversité des États membres de la Communauté européenne ». Elle en conclut, selon un raisonnement analogique, que « le lien établi par le Traité de Rome entre les peuples et les États membres traduit l'idée que les personnes visées par le Traité sont celles qui sont liées aux États membres »¹²⁶.

Une seule référence à la nationalité directe et positive, inscrite à l'article 157 du Traité de Rome dans sa première version, dispose que « seuls les nationaux des États membres peuvent être membres de la Commission »¹²⁷. En revanche, l'examen du corps même du Traité de Rome et, particulièrement des dispositions relatives aux grandes libertés fondamentales, laisse à cet égard plus dubitatif sur les intentions des rédacteurs du traité. Dans le titre troisième du traité portant sur la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, l'intitulé du chapitre premier, consacré aux « travailleurs », ne définit pas cette notion, ce qui fait dire à J. BASEDOW que « la référence à la nationalité des personnes n'a pas (...) été effectuée de manière cohérente dans [ces] diverses dispositions du Traité »¹²⁸.

En effet, l'article 48 du traité¹²⁹ fait référence aux « travailleurs des États membres », sans préciser si le travailleur, pour bénéficier du droit à la libre circulation, doit avoir ou non la nationalité d'un État membre. Ainsi, cet article dispose que : « 1-la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition. 2-Elle implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail (...) ». L'expression de « travailleurs des États membres » doit-elle être entendue comme signifiant que l'article 48 du Traité de Rome est applicable sans condition de nationalité ? Il faut convenir que le groupe de personnes visé par le concept de « travailleurs

¹²⁶ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, op. cit., p.148.

¹²⁷ L'article 17 TUE : « Les membres de la Commission sont choisis parmi les ressortissants des États membres ».

¹²⁸ J. BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, pp.427 et s.

¹²⁹ Article 45 TFUE.

des États membres » n'est pas défini et reste obscur. Est-ce qu'il comprend les travailleurs ressortissants d'un État membre ou plutôt tous les travailleurs résidant dans un État membre y inclus les ressortissants d'États tiers ? Dans la première alternative, l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité ne se réfère qu'à la discrimination de travailleurs ressortissants d'un autre État membre. Dans la deuxième alternative, l'interdiction peut également se rapporter à la discrimination de travailleurs ressortissants d'États tiers.

L'équivoque autour du champ d'application personnel des dispositions touchant aux personnes a fait l'objet de plusieurs interprétations¹³⁰. En effet, selon M.-P. LANFRANCHI, « la tentation [était] grande de pencher en faveur d'une réponse positive »¹³¹, cette disposition pouvant être interprétée comme ouvrant ce droit à tous les travailleurs résidant légalement sur le territoire d'un État membre et non seulement aux travailleurs ayant la nationalité d'un État membre. À l'inverse, ce défaut de définition a été interprété comme « un oubli révélateur de l'évidence même de la solution retenue »¹³², c'est-à-dire que ces dispositions ne peuvent avoir comme champ d'application personnel que les ressortissants ayant la nationalité d'un État membre.

Malgré ces incertitudes quant au critère du champ d'application personnel des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, la majeure partie de la doctrine a toutefois convenu que les « travailleurs » visés par le Traité de Rome sont les nationaux des États membres. Elle s'est fondée sur la lecture des autres dispositions du traité, à savoir les articles 52 et 53 relatifs au droit d'établissement¹³³ et l'article 59 relatif aux services¹³⁴. En effet, ces articles visent expressément les « ressortissants d'un État membre » et les « ressortissants des États membres ».

Dans ce sens, S. BARBOU DES PLACES soutient que la notion de « ressortissant d'État membre » est une catégorie mieux identifiable que celle de « travailleurs des États membres ». L'auteure s'appuie sur l'affaire *Certains intérêts allemands en haute-Silésie*

¹³⁰ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, op. cit., p.148.

¹³¹ M.-P. LANFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté européenne*, Paris, Economica, 1994, p.20.

¹³² M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.120.

¹³³ Articles 49 et s. TFUE.

¹³⁴ Article 56 TFUE.

polonaise dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale énonce le principe suivant : « le terme de ressortissant (...) a également trait aux personnes physiques dont la situation juridique est déterminée par le lien personnel de nationalité qui les unit à l'État »¹³⁵. L'utilisation du terme « ressortissant d'État membre » renverrait donc à cette définition classique.

De même, M. BENLOLO-CARABOT constate que la jurisprudence communautaire « apporte aussi des éléments précieux dans la recherche des critères qui ont déterminé le champ d'application personnel des traités »¹³⁶ notamment dans l'arrêt *Van Gend En Loos* de 1963¹³⁷. La Cour de justice y affirme que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international (...) dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ». La Cour désigne ainsi les « ressortissants » des États membres comme les seuls bénéficiaires de l'ordre juridique communautaire. L'utilisation de ce terme par la Cour de justice aurait constitué, selon l'auteure, « un premier pas important vers la reconnaissance du critère de la nationalité eu égard aux droits conférés par l'ordre juridique communautaire »¹³⁸.

Cette interprétation a été définitivement confirmée par le règlement (CEE) 1612/58 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté¹³⁹ qui dispose, dans son article 1, que « tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence a le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux de cet État ». Cet article réserve bien le droit à la libre circulation aux seuls travailleurs possédant la nationalité d'un État membre. Les articles

¹³⁵ CPIJ, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en haute-Silésie polonaise (fond)*, Série A, n°7, p.70.

¹³⁶ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.122.

¹³⁷ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p.3. Sur cet arrêt, voir notamment, Cour de justice de l'Union européenne, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf

¹³⁸ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.122.

¹³⁹ Règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19 octobre 1968, p.2, abrogé et remplacé par le règlement (UE) n°492/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, JO L 141 du 25 mai 2011, p.1.

suivants le confirment puisqu'ils visent expressément le « ressortissant d'un État membre ».

En définitive, l'intégralité du droit dérivé a clairement fait disparaître les doutes sur la détermination des bénéficiaires des dispositions sur la libre circulation des personnes en opérant une assimilation entre les « travailleurs » et les « ressortissants des États membres ». Dès l'origine de la construction européenne, la nationalité a ainsi été consacrée comme condition nécessaire pour l'accès aux libertés européennes de circulation des travailleurs. Il n'y a plus aucun doute sur cette interprétation si bien que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'a pas modifié l'état d'imprécision des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs puisqu'elles font toujours référence aux « travailleurs des États membres ».

Cette perspective a été confirmée avec la création de la citoyenneté de l'Union. La nationalité est formellement consacrée en 1992 dans le droit primaire comme unique critère d'accès au statut de citoyen de l'Union. En effet, l'article 8 du Traité de Maastricht établit explicitement un lien entre la citoyenneté de l'Union et la nationalité des États membres. Sans ambiguïté, il dispose ainsi qu'« il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». Ce principe est resté inchangé et, est aujourd'hui consacré à l'article 20 du traité sur le fonctionnement de l'Union.

Ce statut, qui a « vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »¹⁴⁰ confère à lui seul plusieurs droits qui sont énumérés aux articles 20 et suivants TFUE : la libre circulation¹⁴¹, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside¹⁴², le droit à la protection diplomatique d'un autre État membre¹⁴³, le droit de pétition au Parlement européen, le droit de s'adresser au Médiateur européen et le

¹⁴⁰ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-6193. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de A. ALEMANN, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt –Rudy Grzelczyk» », *RDUE*, 2001, n°4, p.1008 ; F. DAVID, « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des États membres », *RTDE*, 2003, p.561 ; Y. GAUTIER, *Europe*, 2001, Novembre, Comm. n° 316, p.5 ; A. ILIOPOULOU, « Commentaire de l'arrêt Grzelczyk », *RAE*, 2002, p.775 ; F. KESSLER, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2002, p.11 ; J.-P. LHERNOULD, « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », *Dr. soc.*, 2001, p.1103.

¹⁴¹ Article 21 TFUE.

¹⁴² Article 22 TFUE.

¹⁴³ Article 23 TFUE.

droit de présenter une initiative citoyenne¹⁴⁴.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁴⁵, devenue contraignante depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, consacre également un chapitre 5 à la citoyenneté dans lequel sont énumérés les mêmes droits. Elle attache deux autres droits à la citoyenneté de l'Union : le droit à une bonne administration¹⁴⁶ et le droit d'accès aux documents¹⁴⁷.

Aussi, le droit primaire relie désormais le principe de non-discrimination aux dispositions sur la citoyenneté de l'Union dans la deuxième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union s'intitulant désormais « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union ». Il confirme expressément la jurisprudence de la Cour de justice qui, a contribué à élargir le champ d'application personnel du principe de non-discrimination au delà des seuls travailleurs¹⁴⁸ et, a été codifiée dans la directive 2004/38/CE¹⁴⁹. L'article 24 de la directive affirme que « sous réserve des dispositions spécifiques expressément prévues par le traité et le droit dérivé, tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre dans le domaine d'application du traité ». Le travailleur d'un État membre n'est donc plus le bénéficiaire privilégié du principe de non-discrimination¹⁵⁰. Toutes les personnes possédant la nationalité d'un État membre entrent ainsi dans la catégorie générale du citoyen de l'Union, celle du travailleur européen constituant une sous-catégorie particulière. En effet, cette catégorie n'a pas disparu. L'article 45 TFUE est toujours réservé aux travailleurs des États membres. À ce titre, le règlement 1612/68/CEE qui ne s'applique

¹⁴⁴ Article 24 TFUE.

¹⁴⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 326 du 26 novembre 2012, p. 391.

¹⁴⁶ *Ibid*, Article 41.

¹⁴⁷ *Ibid*, Article 42.

¹⁴⁸ D. MARTIN, « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *RAE*, 2012/I, p.89. Voir, *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2.

¹⁴⁹ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement 1612/68/CEE et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30 avril 2004, p.77.

¹⁵⁰ A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2008.

qu'aux travailleurs n'a pas été abrogé par la directive 2004/38/CE relative à la libre circulation des citoyens. L'on aurait pu envisager de déconnecter les articles relatifs à la libre circulation des travailleurs du critère de la nationalité d'un État membre et faire bénéficier ces dispositions aux travailleurs ressortissants d'États tiers résidant légalement sur le territoire de l'Union. Ce n'est toutefois pas la voie qui a été privilégiée dans l'ordre juridique de l'Union.

La consécration du statut de citoyen de l'Union participe ainsi au processus de singularisation des étrangers dans l'ordre juridique de l'Union. Ces derniers ne se différencient plus seulement des seuls travailleurs des États membres, mais de toutes les personnes possédant la nationalité d'un État membre. Avec la création de la citoyenneté de l'Union en 1992, l'on peut estimer avec M. BENLOLO-CARABOT que « le processus de singularisation du ressortissant communautaire par rapport aux autres étrangers est enclenché, cette fois de manière tout à fait officielle »¹⁵¹. Depuis le Traité de Maastricht, l'étranger est ainsi identifié comme celui qui n'est pas citoyen de l'Union, plus précisément *celui qui ne possède pas la nationalité d'un État membre*. Cette précision est importante puisque la possession d'une nationalité d'un État tiers n'empêche pas d'accéder au statut de citoyen de l'Union. Plus précisément, si une personne possède à la fois la nationalité d'un État membre et celle d'un État tiers, la première prime systématiquement permet l'accès automatique au statut de citoyen de l'Union¹⁵².

Certes, la fonction passive de la nationalité, à savoir définir l'étranger, est définitivement consacrée en 1992 dans l'ordre juridique de l'Union. Cependant, à partir de quand, est-il possible d'évoquer l'existence d'une catégorie juridique de l'étranger dans l'Union européenne ?

B. Le renouvellement européen de la définition de l'étranger par la nationalité

La deuxième fonction de la nationalité, qui consiste à définir par défaut les étrangers, est définitivement renouvelée dans l'ordre juridique de l'Union à partir du Traité de

¹⁵¹ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.134.

¹⁵² CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, précité. Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, A.

Maastricht. H. LABAYLE estime, en effet, que « si le lien de citoyenneté a effectivement une fonction unificatrice, il a de façon tout aussi évidente une fonction d'identification qui permet d'exclure : affirmer qui est citoyen permet de savoir qui ne l'est pas et donc ne bénéficie pas des droits attachés au statut »¹⁵³. Le « tiers » à l'ordre juridique de l'Union est logiquement identifié comme celui ne possédant pas une nationalité d'un État membre. Toutefois, ce n'est qu'à partir de la consécration d'un régime spécifique applicable aux seuls étrangers, qu'il est possible d'évoquer l'existence d'une catégorie juridique proprement européenne.

En effet, selon D. LOCHAK, « la transformation d'une notion en catégorie juridique se réalise par l'introduction de cette notion dans un texte ou une norme juridique »¹⁵⁴. Autrement dit, une catégorie juridique n'existe que si elle correspond à un régime juridique spécifique. La création d'une catégorie juridique de l'étranger doit répondre à la volonté de lui appliquer un droit spécifique.

Or, si les Traités de Rome et de Maastricht consacrent la nationalité comme critère d'accès aux statuts de travailleur et de citoyen de l'Union, ils sont muets quand à l'étranger¹⁵⁵. En effet, la construction communautaire s'est initialement caractérisée par une ignorance des ressortissants des États tiers, excepté indirectement pour des ressortissants d'États tiers « privilégiés » dans le cadre uniquement de la réalisation du droit à la mobilité des travailleurs des États membres¹⁵⁶ et d'accords conclus entre la Communauté et des pays tiers¹⁵⁷. Il est possible de convenir avec V. MICHEL que cette « assertion peut dérouter, compte tenu du principe d'abolition des frontières bénéficiant aux personnes répondant aux conditions énoncées dans le traité »¹⁵⁸. Cela s'explique tout simplement par le fait que la Communauté

¹⁵³ H. LABAYLE, « Vers une citoyenneté européenne ? Le point de vue du droit communautaire », *LPA*, n°76, 24 juin 1992, p.26.

¹⁵⁴ D. LOCHAK, « La race, une catégorie juridique ? », *Mots*, 1992, p.292.

¹⁵⁵ La seule exception réside à l'article 59, alinéa 2, (article 56, alinéa 2, TFUE) relatif à la prestation de services qui vise les ressortissants d'État tiers en prévoyant une compétence de la Communauté

¹⁵⁶ Règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, précité.

¹⁵⁷ Accords conclus avec le Maghreb signés les 25, 26 et 27 avril 1976 avec respectivement la Tunisie, l'Algérie et le Maroc, et entrés en vigueur le 1er janvier 1978 pour l'Algérie et le 1er novembre 1978 pour la Tunisie et le Maroc (JO L 263, 264 et 265 du 27 septembre 1978) ; avec la Yougoslavie : signé le 2 avril 1980, entré en vigueur le 1er avril 1983 (JO L 41 du 14 février 1983) ; avec la Turquie : signé le 12 septembre 1963 (JO L 217 du 29 décembre 1964).

¹⁵⁸ V. MICHEL, « La difficile formalisation des compétences. L'exemple des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits. Mélanges*

européenne ne possédait pas, à l'origine, de compétences relatives à la migration des ressortissants des États tiers¹⁵⁹.

C'est en marge de la construction communautaire que la définition et les premières règles communes applicables aux étrangers sont explicitées pour la première fois dans la Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990¹⁶⁰. Pour l'ensemble des partenaires Schengen, est un étranger « toute personne autre que les ressortissants des États membres des Communautés européennes »¹⁶¹. Même si le dispositif Schengen ne rassemble pas à l'origine tous les États membres de la Communauté, ces accords ont constitué une avancée décisive dans l'affirmation d'une catégorie juridique européenne de l'étranger. L'on peut interpréter ces accords comme participant à « l'émergence d'une définition directe et explicite de ce que sont les étrangers pour l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire l'ensemble des individus soumis à un traitement particulier à raison de leur origine »¹⁶². Ces accords posent les premiers fondements d'un droit européen spécifiquement applicable aux étrangers.

Le Traité d'Amsterdam, qui communautarise l'acquis de Schengen, est celui qui fonde définitivement la catégorie des étrangers au sens du droit de l'Union. Elle est alors introduite dans le droit primaire et reçoit ainsi ses racines formelles et matérielles. L'article 61 TCE¹⁶³ précise notamment que la Communauté, afin de constituer un espace de liberté, de sécurité et de justice, peut désormais adopter des mesures en matière d'asile, d'immigration et de protection des droits de ressortissants des pays tiers. La Communauté se voit donc reconnaître une compétence pour adopter des mesures concernant spécifiquement les étrangers. Le Traité d'Amsterdam, en distinguant clairement les compétences de la Communauté relatives aux ressortissants des États membres et celles relatives aux ressortissants de pays tiers, concourt au développement d'un découpage catégoriel calqué sur celui qui prime dans les droits nationaux.

en l'honneur du professeur Philippe Manin, Paris, Pedone, 2010, p.493.

¹⁵⁹ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Section 1.

¹⁶⁰ Convention d'application de l'accord de Schengen, signée à Schengen le 19 juin 1990, JO L 239 du 22 septembre 2000, p.13.

¹⁶¹ *Ibid*, Titre 1^{er}, article 1.

¹⁶² S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, *op. cit.*, p.170.

¹⁶³ Article 67 TFUE.

Alors que l'approche communautaire de l'étranger s'est limitée jusqu'alors uniquement par l'intermédiaire et au service de la libre circulation des ressortissants d'État membre ou d'accords conclus avec des États tiers, la nouvelle compétence de la Communauté en matière d'immigration et d'asile permet de catégoriser clairement les étrangers dans l'ordre juridique communautaire. C'est ce que relève P. DUMAS lorsqu'elle affirme que « le traité d'Amsterdam marque le véritable commencement d'un processus de reconnaissance de l'autre »¹⁶⁴. Concrètement, la fonction européenne d'exclusion et de différenciation du critère de la nationalité est explicitement consacrée dès lors que le traité met en œuvre un traitement communautaire spécifique aux ressortissants des pays tiers qui prend la forme d'un classique droit des étrangers.

L'autonomisation de la politique migratoire, initialement au service de la libre circulation des personnes, confirme cette évolution. Alors que le titre IV du Traité CE est intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », le traité sur le fonctionnement de l'Union consacre un titre V relatif à « l'espace de liberté, sécurité, de justice » dans lequel est inséré un chapitre relatif « aux « politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et l'immigration » distinct du titre IV relatif à la libre circulation des personnes. Le traité sur le fonctionnement de l'Union réalise ainsi une césure nette entre les deux politiques : celle relative à la liberté de circulation des personnes et celle relative au droit des étrangers. Partant, le droit des étrangers de l'Union est déconnecté du droit de la libre circulation des personnes et de la citoyenneté de l'Union. Ce sont désormais deux branches du droit de l'Union distinctes avec deux objectifs différents. La première participe au développement du marché intérieur et d'une citoyenneté de l'Union. La seconde vise la réalisation d'un espace de liberté, sécurité et justice avec des finalités comparables au droit national des étrangers¹⁶⁵. Le traité sur le fonctionnement de l'Union confirme la consécration au niveau de l'Union d'un cadre juridique spécifique et autonome pour le traitement des questions relatives aux étrangers distinct du cadre juridique relatif aux citoyens de l'Union.

¹⁶⁴ P. DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Thèse, Université de Rouen, 2011, dactyl., p.35.

¹⁶⁵ S. BARBOU DES PLACES, « Quel régime juridique pour la mobilité des personnes en Europe ? », *LPA*, n°28 spécial consacré au Marché intérieur et espace de liberté, sécurité, justice : droit de la libre circulation et droit des migrations, quelles articulations ?, 29 septembre 2010, pp.4 et s.

Le droit de l'Union consacre ainsi la nationalité comme critère distinctif des personnes avec pour conséquence l'application d'un régime matériellement différent selon que la personne possède ou non la nationalité d'un État membre. Le critère de la nationalité est ainsi reproduit à l'identique dans l'ordre juridique de l'Union. Toutefois, contrairement aux droits des États membres, il n'est pas un lien de rattachement univoque.

Paragraphe 2. La nationalité, critère minimal d'exercice des droits de la citoyenneté de l'Union

Le statut du citoyen de l'Union est différent dès lors qu'il passe une frontière. Sa situation au regard de l'ordre juridique de l'Union est changeante selon le lieu où il se trouve sur le territoire de l'Union, ce qui est contraire à une conception de la notion de la nationalité qui doit représenter un rattachement univoque. Si la nationalité déclenche effectivement la potentialité du bénéfice du statut de citoyen de l'Union à tout ressortissant d'État membre, ce critère doit être nécessairement complété par celui de l'extranéité pour accéder pleinement à l'exercice des principaux droits attachés à ce statut : la libre circulation et la non-discrimination. De ce point de vue, il ne fait guère de doute que pour bénéficier des principaux droits attachés à la citoyenneté de l'Union, « il faut circuler »¹⁶⁶. Concrètement, le citoyen de l'Union se trouvant dans une situation purement interne à l'État membre ne peut, en principe, exercer les principaux droits attachés à ce statut.

Si la remise en cause des situations purement internes est impossible au regard de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, la Cour de justice a progressivement fait évoluer la définition de l'élément d'extranéité sans le remettre en cause de manière absolue, limitant ainsi les cas de discriminations à rebours. De la sorte, elle tente de contenir les effets paradoxaux de la logique de l'extranéité. À propos de cette logique jugée négative, se dessine ainsi de la part du juge de l'Union une forme de « compréhension »¹⁶⁷ qui prend la forme d'une appréciation souple du critère d'extranéité

¹⁶⁶ J.-Y. CARLIER, « Les bénéficiaires de la libre circulation », in S. LECLERC (dir.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2009, p.28.

¹⁶⁷ *Ibid.*

(A). Surtout, il a été plus loin en consacrant un critère alternatif à celui de l'extranéité. Dans cette hypothèse, qui s'est révélée par la suite marginale, le critère de l'extranéité est abandonné au profit du critère de la privation de la jouissance effective des droits attachés au statut de citoyen de l'Union (B).

A. L'extranéité, un critère préalable à l'exercice des principaux droits de la citoyenneté de l'Union

La mobilité intra-européenne est une logique essentielle de la citoyenneté de l'Union, cette dernière étant construite comme un « statut d'intégration transnationale »¹⁶⁸. La citoyenneté de l'Union apparaît alors comme un « privilège accordé aux seuls citoyens migrants »¹⁶⁹.

Certes, tout ressortissant qui possède la nationalité d'un État membre est identifié comme étant un citoyen de l'Union. Cependant, cette catégorie juridique européenne n'est pas homogène comme le serait la catégorie du « national » dans les ordres juridiques internes. En effet, elle introduit des degrés dans l'admission des différents droits consacrés par les textes européens. Plus précisément, si la citoyenneté de l'Union est le statut de base de tout ressortissant d'État membre, l'essentiel des droits attachés à ce statut ne trouve à se concrétiser qu'en dehors du territoire de l'État, dont le ressortissant a la nationalité. Autrement dit, « la citoyenneté européenne promet ainsi plus qu'elle n'offre »¹⁷⁰. Le critère de l'extranéité constitue, en effet, un préalable à l'invocation des principaux droits qualifiés par le traité de droits de la citoyenneté de l'Union.

Le droit de l'Union européenne n'est donc pas censé s'intéresser aux situations purement internes, c'est-à-dire à « des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont

¹⁶⁸ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué. Chemins d'Europe*, Paris, Dalloz, 2010, pp.1-28.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ J. CAVALLINI, « Portée de la citoyenneté européenne », *JCP S*, 19 avril 2011, n°16, pp.1195 et s.

tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État »¹⁷¹. Par conséquent, la jouissance par le ressortissant d'un État membre des principaux droits attachés au statut de citoyen de l'Union est dépendante de la migration dans un État membre autre que celui de sa nationalité. Comme le rappelle J.-Y. CARLIER, « pour actionner ce droit de l'Union, il faut un lien avec le territoire de plusieurs États membres, non d'un seul (...) le lien avec une pluralité de territoires doit être »¹⁷².

Cette condition de la mobilité intra-européenne est la conséquence normale de la répartition des compétences entre États membres et l'Union européenne. Les États conservent des domaines de compétences qui échappent ainsi à l'emprise du droit de l'Union. Admettre le contraire, c'est-à-dire admettre l'application du droit de l'Union aux situations purement internes, remettrait en cause la nature même de l'Union européenne qui deviendrait un ordre juridique substitutif à celui des États membres. Or, l'ordre juridique de l'Union est un ordre « de superposition incomplète »¹⁷³.

Il n'y a donc pas de « plus-value européenne » lorsque le ressortissant d'un État membre demeure dans son État de nationalité. L'on peut en déduire avec R. HERNU que « sur le territoire de l'État dont il a la nationalité, le citoyen européen peut être considéré comme étrangers aux droits qui découlent de cette qualité dès lors qu'il ne relève pas d'une situation dite « communautaire » »¹⁷⁴.

À ce titre, la Cour a toujours eu une approche consistant à distinguer les citoyens « statiques » des « mobiles »¹⁷⁵. Sa position est sans ambiguïté. Selon une jurisprudence constante, elle confirme que les règles du droit primaire¹⁷⁶ et du droit dérivé¹⁷⁷ relatifs à la

¹⁷¹ Voir par exemple : CJCE, 5 juin 1997, *Land Nordrhein-Westfalen contre Kari Uecker et Vera Jacquet contre Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-64/96 et C-65/96, *Rec.*, p. I-03171 (ci-après « *Uecker et Jacquet* »), point 23. CJCE, 25 juillet 2008, *Blaise Baheten Metock et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-127/08, *Rec.*, p. I-06241 (ci-après arrêt « *Metock* »), point 77.

¹⁷² J.-Y. CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012, p.165.

¹⁷³ M. GAUTIER et F. MELLERAY, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit de l'Union », *RAE*, 2003-2004, p.34.

¹⁷⁴ R. HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne ? », in M. BENLOLO-CARABOT et K. PARROT (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.52.

¹⁷⁵ J. CAVALLINI, « Portée de la citoyenneté européenne », *op. cit.*, pp.1195 et s.

¹⁷⁶ CJCE, 7 février 1979, *J. Knoors contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, aff. C-115/78, *Rec.*, p.399

libre circulation des personnes ne s'appliquent pas aux situations purement internes. L'identification d'un élément transfrontalier est une condition qui doit s'ajouter à celle de la possession de la nationalité d'un État membre. Le principe de la migration prime donc sur la qualité de citoyen de l'Union¹⁷⁸.

Le lien de nationalité étatique ne constitue pas ainsi à lui seul un facteur de rattachement au droit de la citoyenneté de l'Union, il doit être complété par le critère de l'extranéité. De fait, sur le territoire d'un État membre, un national peut être considéré comme étranger aux droits qui découlent pourtant de son statut de citoyen de l'Union et, être moins bien traité, dans une situation pourtant comparable, que le ressortissant d'un autre État membre¹⁷⁹.

Cette condition de l'extranéité n'est toutefois pas applicable à toutes les dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union. Le droit de pétition devant le Parlement européen¹⁸⁰, le droit de saisir de médiateur européen¹⁸¹ ou le droit de communiquer par écrit, dans la langue de son choix, avec les institutions et organes de l'Union européenne¹⁸² ne sont pas soumis à la condition de la migration intra-européenne. De même, certaines normes de droit primaire et dérivé confèrent des droits aux citoyens de l'Union sans que ces derniers ne soient obligés de migrer dans un autre État membre. C'est le cas notamment de l'article 157 TFUE relatif au principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même emploi ou un travail de même valeur et, de plusieurs directives relatives à la protection du consommateur, de la santé ou encore des travailleurs. Cependant, le déclenchement des principaux attributs de la citoyenneté de l'Union, que sont le droit de la libre circulation et le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité,

(ci-après «arrêt *Knoors*»).

¹⁷⁷ CJCE, 27 octobre 1982, *Elestina Esselina Christina Morson contre Staat der Nederlanden et Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet ; Sewradjie Jhanjan contre Staat der Nederlanden*, aff. 35 et 36/82, *Rec.*, p.3723 (ci-après «arrêt *Morson et Jhanjan*»). Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de G. DRUESNE, « Liberté de circulation des personnes », *RTDE*, 1984, p.292.

¹⁷⁸ P. ICARD, « La primauté du droit à circuler sur la qualité de citoyen européen », *D.*, 2008, pp.1655 et s.

¹⁷⁹ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

¹⁸⁰ Article 24, alinéa 2, TFUE. Article 44 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁸¹ Article 24, alinéa 3, TFUE. Article 43 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁸² Article 24, alinéa 4, TFUE. Article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

demeure conditionné par le critère de l'extranéité¹⁸³.

Se trouve donc consacrée une citoyenneté de l'Union fragmentée avec d'un côté, les sédentaires qui relèvent pour l'essentiel du droit national et, d'un autre côté, les migrants qui relèvent pleinement du droit de l'Union. Cette consécration d'une citoyenneté de l'Union à « degrés variables », « de migration », peut paraître « choquante »¹⁸⁴ et, interroger sur son opportunité, dès lors que la condition de migration du citoyen de l'Union est susceptible de donner lieu à des discriminations à rebours¹⁸⁵. Si la Cour de justice de l'Union confirme cet espace européen « de discriminations et de cloisonnements »¹⁸⁶ en ne les condamnant pas, elle a toutefois progressivement infléchi sa position quant à l'appréciation de la condition de l'extranéité.

La Cour de justice a ainsi consacré des solutions libérales quant à l'élément d'extranéité comme critère d'applicabilité du droit de l'Union. La Cour de justice apprécie de manière souple la condition de l'extranéité comme facteur de rattachement au droit de l'Union. Peuvent être ainsi identifiées cinq hypothèses de situations dans lesquelles c'est effectivement le cas.

La première hypothèse est relative au *franchissement temporaire des frontières*. Ainsi, le fait pour un ressortissant d'État membre de circuler et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une courte durée peut suffire à créer un lien de rattachement de la situation de l'intéressé avec le droit de l'Union. Par exemple, dans l'arrêt *Cowan*¹⁸⁷, la Cour admet qu'un touriste qui se rend dans un autre État membre de manière temporaire relève du champ d'application du traité en tant que destinataire de services transfrontaliers et, peut invoquer à ce titre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en matière pénale qui n'a pas de lien avec les services reçus dans l'État membre d'accueil. De même,

¹⁸³ A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, *op. cit.*

¹⁸⁴ P. ICARD, « La primauté de l'usage du droit à circuler sur la qualité de citoyen de l'Union », *op. cit.*, pp.1655 et s.

¹⁸⁵ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ CJCE, 2 février 1989, *Ian William Cowan contre Trésor public*, aff. 186/87, *Rec.*, p.195 (ci-après «arrêt *Cowan*»). Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1989, p.417.

dans l'arrêt *Bickel et Franz*¹⁸⁸, la Cour reconnaît aux touristes la possibilité de bénéficier de l'égalité de traitement en matière de procédure juridictionnelle avec les résidents minoritaires de l'État membre d'accueil sur les fondements combinés des dispositions relatives à la libre prestation de services et la libre circulation des citoyens.

La seconde hypothèse concerne le ressortissant d'État membre qui n'a pas exercé son droit à la mobilité mais peut cependant invoquer les dispositions du traité interdisant les discriminations en raison de la nationalité du simple fait que sa situation au regard du droit national présente *un lien avec l'exercice de la liberté de circulation d'un autre ressortissant d'État membre*. Dans l'arrêt *Schempp*¹⁸⁹, un ressortissant allemand versait une pension alimentaire à son ex-épouse résidant en Autriche et, s'était vu refuser par son administration fiscale le droit de déduire cette pension de ses impôts au motif qu'il n'avait pas fourni l'attestation de l'administration autrichienne prouvant que son ex-épouse aurait été imposée en Autriche. Or, il n'avait pas pu fournir une telle attestation dès lors que le système fiscal autrichien n'impose pas les pensions alimentaires. Si son ex-épouse avait résidé en Allemagne, il aurait pu bénéficier d'une déduction fiscale. Interrogée sur la conformité de la réglementation allemande avec les articles 18 et 21 TFUE, la Cour a considéré que même si Monsieur Schempp n'avait pas fait usage de son droit à la libre circulation, cela n'impliquait pas nécessairement qu'il s'agissait d'une situation purement interne. Elle a admis que la situation de Monsieur Schempp pouvait être considérée comme relevant du champ d'application du traité dès lors que l'exercice par son ex-épouse de son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre en vertu de l'article 21 TFUE était de nature à influencer sur la possibilité pour son ex-époux de déduire de son revenu imposable en Allemagne la pension alimentaire versée à son ex-épouse. En somme, une situation n'est pas purement interne si l'exercice d'un droit octroyé par l'ordre juridique de l'Union influence la situation

¹⁸⁸ CJCE, 24 novembre 1998, *Procédure pénale contre Horst Otto Bickel et Ulrich Franz*, aff. C-274/96, *Rec.*, p. I-07637 (ci-après «arrêt *Bickel et Franz*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de G. DESOLRE, « Le principe de non-discrimination, la liberté de circulation et les facilités linguistiques en matière judiciaire », *CDE*, 2000, p.311 ; X. LATOUR, « Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes. C.J.C.E. (plénière), 24 novembre 1998: Horst Otto Bickel et Ulrich Franz (aff. C-274/96) », *LPA*, 2000, n°27, p.16 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1999, p.559 ; S. PEREZ, *D.*, 1999, Som., p.274.

¹⁸⁹ CJCE, 12 juillet 2005, *Egon Schempp contre Finanzamt München*, aff. C-403/03, *Rec.*, p. I-06421, point 24. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de F. KAUFF-GAZIN, « Droits du citoyen et fiscalité directe », *Europe*, 2005, Octobre, n° 319, p.13.

juridique du citoyen de l'Union.

La troisième hypothèse est relative aux *binationaux*, plus précisément aux ressortissants possédant la nationalité de deux États membres. Sur ce point, la Cour a consacré la possibilité d'un élément d'extranéité, sans circulation, « jusqu'au point où l'on aurait pu [le] croire caduque »¹⁹⁰. Elle a, en effet, considéré qu'un État membre, confronté à une personne possédant la nationalité de cet État et celle d'un autre État membre (un «*binational européen*»), ne peut en principe refuser de reconnaître la nationalité de l'autre État et ne retenir que la sienne. Cette évolution jurisprudentielle permet ainsi à un ressortissant «*binational européen*» de pouvoir invoquer le droit de l'Union à l'encontre de son propre État et échapper à une situation purement interne. Cette avancée résulte de l'arrêt *Garcia Avello*¹⁹¹ à propos du refus des autorités belges d'accorder un changement de nom à des enfants disposant de la double nationalité belge et espagnole et n'ayant pas fait usage de la libre circulation. Cette jurisprudence a pour conséquence la création d'une fragmentation au sein même des citoyens de l'Union sédentaires : les «*binationaux européens*» qui sont privilégiés puisqu'ils peuvent potentiellement invoquer le bénéfice du droit de l'Union¹⁹² et les «*uninationaux européens*» qui ne le peuvent pas¹⁹³. La double nationalité européenne devient *a priori* un facteur de rattachement suffisant au droit de l'Union¹⁹⁴.

La quatrième hypothèse est relative à la possibilité d'un *lien l'extranéité fictif*, consacré dans l'arrêt *Chen*¹⁹⁵, dans lequel la Cour reconnaît que le fait pour un national d'un État membre d'être né et de séjourner légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil, alors même qu'il n'a jamais franchi la frontière entre ces deux États, crée un rattachement suffisant pour justifier l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes. Plus précisément, elle admet la possibilité pour un citoyen en bas âge d'invoquer son statut de citoyen de l'Union à l'encontre de l'État membre d'accueil pour

¹⁹⁰ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, MacCarthy et Dereci. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *op. cit.*, p.34.

¹⁹¹ CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, *Rec.*, p. I-11613 (ci-après «*arrêt Garcia Avello*»).

¹⁹² Pour une analyse de l'arrêt sous l'angle de l'instrumentalisation possible de la double «*nationalité européenne*», voir *infra*, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, A.

¹⁹³ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union : différences de traitement et protection », *op. cit.*, p.433.

¹⁹⁴ Pour une relativisation de ce principe, voir, *infra*, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, A.

¹⁹⁵ CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, précité.

obtenir le droit d'y séjourner même s'il n'a jamais quitté ce dernier État. Le simple fait de disposer de la nationalité d'un État membre autre que celui dans lequel le citoyen de l'Union réside suffit ainsi à faire relever la situation de l'intéressé du champ d'application du traité sans avoir exercé sa liberté de circulation¹⁹⁶. La Cour a dans cet arrêt une approche très compréhensive à l'égard du critère d'extranéité¹⁹⁷ qui est donc considéré comme rempli sans circulation. La « fiction d'une prétendue mobilité »¹⁹⁸ est suffisante pour que la situation relève du champ d'application du droit de l'Union.

La dernière hypothèse concerne enfin le citoyen de l'Union qui a migré dans un autre État membre et qui revient dans son État de nationalité. La Cour de justice considère que la migration ne doit pas nécessairement être actuelle pour que le citoyen de l'Union puisse bénéficier des libertés européennes. Par conséquent, un national qui a exercé sa liberté de circulation peut invoquer le droit de l'Union à l'encontre de son propre État lorsque sa situation est assimilée à celle d'un non-national. En somme, *la migration préalable dans un autre État membre* permet d'« européeniser » la situation du national face à son État. Cette hypothèse peut par exemple être illustrée avec l'affaire *Knoors*¹⁹⁹, dans laquelle s'est posée la question de l'invocabilité du droit de la libre circulation par un ressortissant d'État membre qui est retourné dans son État d'origine après avoir résidé dans un autre État membre. Dans cette affaire, un citoyen néerlandais avait souhaité invoquer les libertés d'établissement et de prestation de service pour exercer son activité d'installateur-plombier aux Pays-Bas. La législation néerlandaise exige de ses propres nationaux une formation professionnelle spécifique pour l'admission à cette profession. Or, ce ressortissant d'État membre avait travaillé en Belgique plusieurs années et avait acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire²⁰⁰. La Cour a considéré que la protection européenne doit s'étendre à une personne qui a obtenu un diplôme dans un autre État membre quand elle retourne dans son pays d'origine. En d'autres termes, une fois

¹⁹⁶ M. GAUTIER, « Commentaire », *RAE*, 2003/2004, pp.673-680.

¹⁹⁷ Pour une analyse de l'arrêt sous l'angle du contournement du droit national de l'immigration par le recours au droit de l'Union et de la question de l'abus de droit, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁸ J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1^{er} janvier-31 décembre 2003) », *JTDE*, 2004, p.75.

¹⁹⁹ CJCE, 7 février 1979, *Knoors* aff. 115/78, précité.

²⁰⁰ Directive 64/427/CEE du Conseil, du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation, JO L 117 du 23 juillet 1964, p.1863.

acquise, la jouissance effective des droits issus du droit de l'Union ne doit pas être entravée, même en cas de retour dans son État d'origine. Dans le même sens, un ressortissant d'État membre qui a fait usage de son droit d'établissement antérieurement dans un autre État membre peut retourner dans son État d'origine, et y jouir des mêmes droits que lui a reconnus l'État membre d'accueil sur le fondement du droit de l'Union. Ainsi, dans l'affaire *Singh*²⁰¹, l'épouse britannique de M. Singh a pu retourner avec lui au Royaume-Uni après avoir séjourné ensemble en Allemagne où elle a obtenu le regroupement familial sur le fondement du droit communautaire. Elle a pu ainsi revendiquer ce droit acquis au regroupement familial face à son État d'origine. En somme, tout déplacement dans un autre État membre permet d'acquérir un élément d'extranéité et, par conséquent de se prévaloir du droit de l'Union en cas de retour dans l'État membre d'origine.

Dans ces cinq hypothèses, c'est le lien avec une pluralité d'États membres qui permet d'actionner le droit de l'Union. De fait, le critère d'extranéité, apprécié largement par la Cour de justice, subsiste. Est-il possible d'aller au delà en abandonnant ce critère et, envisager qu'une situation purement interne ne soit plus un obstacle à l'application des principaux droits de la citoyenneté de l'Union ? Cette question mérite bel et bien d'être posée au regard de la jurisprudence récente, plus particulièrement l'arrêt *Zambrano*²⁰², dans lequel la Cour opère

²⁰¹ CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, aff. C-370/90, *Rec.*, p. I-04265 (ci-après «arrêt Singh»). Pour une analyse de cet arrêt sous l'angle du contournement du droit national de l'immigration par le recours au droit de l'Union, voir, *infra*, Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe 1.

²⁰² CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-01177 (ci-après arrêt «Zambrano»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2011, p.1007 ; C. BOUTAYEB et A. RACCAH, « Le bénéfice du regroupement familial élargi aux parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union », *RDSS*, 2011, p.449 ; H. BRODIER, « De la reconnaissance d'un droit de séjour aux ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen européen –sédentaire ? Applicabilité du droit de l'Union et étendue de la protection accordée », *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 2011, n° 35, p.2 ; J. CAVALLINI, « Portée de la citoyenneté européenne », *JCP S*, 2011, n° 16-17, p.25 ; S. CORNELOUP, « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *D.*, 2011, p.1325 ; D. DITTERT, « Les droits des citoyens de l'Union: vers un statut détaché de tout élément transfrontalier ? », *RAE*, 2011, p.223 ; F. DONNAT, « Chronique annuelle 2011 de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Citoyenneté de l'Union et situation purement interne », *RJEP*, 2012, n° 699, p.10 ; R. GRAND, « Consécration d'un droit de séjour européen indépendant de la libre circulation », *AJDA*, 2011, p.479 ; M. HOUSER, « De la lutte contre les discriminations à rebours à la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne. Le pas est presque franchi, mais... », *AJDA*, 2011, p.1084 ; J. HEYMANN, « Cour de justice de l'Union européenne. - C-34/09 et C-434/09. 8 mars 2011 et 5 mai 2011 », *RCDIP*, 2012, p.352 ; D. MARTIN, « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de

« un saut qualitatif »²⁰³ en consacrant un critère alternatif à l'extranéité. En effet, la Cour de justice « franchit une étape nouvelle dans l'édification d'une citoyenneté de l'Union dégagée de tout élément d'extranéité »²⁰⁴.

B. La consécration d'un critère alternatif à l'extranéité

L'arrêt a consacré un nouveau critère de rattachement au droit de l'Union qu'est la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union (1). Cependant, la motivation extrêmement sommaire de l'arrêt ne contribuait pas à dissiper les doutes sur sa portée exacte. Ce faisant, il était possible avec D. DITTERT de « pronostiquer que ses implications pratiques rester[aient] néanmoins assez limitées »²⁰⁵. Les arrêts *McCarthy*²⁰⁶ et *Dereci*²⁰⁷ ont d'ailleurs « brisé » l'« espérance »²⁰⁸ d'une jurisprudence

justice et les situations internes à un État membre : vive la révolution ? », *RJS*, 2011, p.450 ; D. MARTIN, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, p.339 ; F. PICOD, « Reconnaissance d'un droit de séjour à un ressortissant colombien père de deux enfants devenus citoyens de l'Union », *JCP G*, 2011, n° 11-12, p.543 ; A. RIGAUX, « Article 20 TFUE », *Europe*, 2011, Mai, Comm. n° 5, p.12.

²⁰³ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, MacCarthy et Dereci. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *op. cit.*, p.30.

²⁰⁴ J. CAVALLINI, « Portée de la citoyenneté européenne », *op. cit.*, pp.1195 et s.

²⁰⁵ D. DITTERT, « Les droits des citoyens de l'Union : vers un statut détaché de tout élément transfrontalier ? », *op. cit.*, p.226.

²⁰⁶ CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, *Rec.*, p. I-03375 (ci-après « arrêt McCarthy »). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union et situation purement interne », *AJDA*, 2011 p.1614 ; M. BENLOLO-CARABOT, « La « jouissance effective de l'essentiel des droits » attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l'Union ? », *RAE*, 2011, p.443 ; H. BRODIER, « De la reconnaissance d'un droit de séjour aux ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen européen —sédentaire ? Applicabilité du droit de l'Union et étendue de la protection accordée », *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 2011, n°35, p.2 ; J. CAVALLINI, « Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes », *JCP S*, 2011, n°30, p.18 ; F. DONNAT, « Chronique annuelle 2011 de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Citoyenneté de l'Union et situation purement interne », *RJEP*, 2012, n°699, p.10 ; S. HENNION, « L'effectivité des droits conférés par la citoyenneté européenne », *JCP G*, 2011, n°27, p.1326 ; J. HEYMANN, « Cour de justice de l'Union européenne. - C-34/09 et C-434/09. 8 mars 2011 et 5 mai 2011 », *RCDIP*, 2012, p.352 ; D. MARTIN, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, p.339 ; F. PICOD, « Absence de droit de séjour du conjoint d'un citoyen de l'Union qui n'a pas exercé la libre circulation », *JCP G*, 2011, n°20, p.986 ; A. RIGAUX, « Droit au rapprochement familial », *Europe*, 2011, Juillet, Comm. n°7, p.15.

a priori prometteuse sur le plan des principes (2).

1. Le critère de la privation de la jouissance effective des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union

L'affaire *Zambrano* est relative à la situation d'un colombien résidant en Belgique avec sa femme et ses trois enfants. Il s'est vu refuser l'octroi d'un titre de séjour et, dès lors l'autorisation de travailleur sur place. Menacé d'expulsion, il a invoqué le fait que deux de ses enfants sont des citoyens de l'Union ce qui doit lui conférer, par ricochet, un droit de séjour et un permis de travail. Ses deux derniers enfants sont, en effet, nés sur le territoire belge et, se sont vus attribuer la nationalité belge sur le fondement d'une disposition belge qui permet l'octroi de la nationalité en cas d'apatridie. Les enfants se sont, en effet, retrouvés apatrides puisque les parents n'ont pas rempli une formalité administrative permettant l'octroi de la nationalité colombienne. Le refus belge de la régularisation de la situation des parents a entraîné un litige devant les juges belges qui ont saisi la Cour à titre préjudiciel. L'intéressé, M. Zambrano, a fait valoir notamment qu'il aurait dû bénéficier du droit de séjour dérivé reconnu aux ascendants d'un enfant en bas âge, ressortissant d'État membre, conformément à la jurisprudence *Zhu et Chen*. En d'autres termes, puisque ses enfants sont des citoyens de l'Union, la Belgique aurait dû lui conférer, par ricochet, un droit de séjour et un permis de travail sur le territoire de cet État.

Dans ses conclusions²⁰⁹, l'avocate générale E. SHARPSTON a invité la Cour de

²⁰⁷ CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres contre Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, *Rec.*, p. I-11315 (ci-après «*arrêt Dereci*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union et situations purement internes », *AJDA*, 2012, p.306 ; C. BRIERE, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt –Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres» », *RDUE*, 2011, n°4, p.731 ; D. MARTIN, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, p.339 ; A. RIGAUX, « Rapprochement familial et citoyenneté de l'Union », *Europe*, 2012, Janvier, Comm. n° 1, p.7.

²⁰⁸ J. CAVALLINI, « Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes », *op. cit.*, pp.1363 et s.

²⁰⁹ Conclusions de l'avocate générale E. SHARPSTON présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, p. I-1177.

justice à franchir un pas décisif. Elle lui a proposé de tirer du statut fondamental de citoyen de l'Union un droit au séjour au profit de l'ascendant d'un citoyen de l'Union indépendamment de l'exercice par ce dernier de sa liberté de circulation en vertu du traité sur le fonctionnement de l'Union. La Cour a répondu à cette invitation. Dans un premier temps, elle a considéré la situation comme relevant du droit interne belge et par conséquent, exclu l'applicabilité de la directive 2004/38/CE qui ne bénéficie qu'au citoyen de l'Union « qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité »²¹⁰. Les enfants, citoyens de l'Union, n'ayant jamais migré dans un autre État membre, la directive 2004/38/CE n'est pas applicable puisqu'elle est clairement conditionnée par la migration dans un autre État membre.

Le juge de l'Union aurait pu s'en arrêter là et considérer que la situation ne relève pas du droit de l'Union. Cependant, la Cour « franchit un pas de taille »²¹¹ en étendant le champ d'application matériel de la citoyenneté de l'Union au national sédentaire lorsque la jouissance effective des droits attachés à son statut de citoyen de l'Union est menacée par son propre État. Elle pose explicitement le principe selon lequel le critère de l'extranéité n'est pas nécessaire à l'applicabilité de l'article 20 TFUE lorsque la mesure nationale a « pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »²¹². Elle a considéré que c'est effectivement le cas en l'espèce puisque le refus belge d'octroyer à M. Zambrano un droit de séjour et un permis de travail priverait ses enfants, en tant que citoyens de l'Union, de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut²¹³, plus précisément celui de pouvoir séjourner sur le territoire de l'Union. En cas de refus d'un tel séjour, les enfants de M. Zambrano se verraient, en effet, « obligés de quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents »²¹⁴.

Qualifiable de « bel arrêt » par les défenseurs de l'abandon du critère de l'extranéité, d'« arrêt inquiétant » par ceux qui s'y opposent ou encore d'« arrêt humanitaire » par les

²¹⁰ Article 3, paragraphe 1^{er} de la directive 2004/38/CE, précitée.

²¹¹ J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne : Année 2011 », *JDE*, Vol. 20, n°187, p.88.

²¹² Point 42 de l'arrêt *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

²¹³ Point 43 de l'arrêt *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

²¹⁴ Point 44 de l'arrêt *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

défenseurs des droits des étrangers, les interprétations peuvent être diverses et partagées sur la portée de l'arrêt. Il est d'ailleurs fort probable que les juges de l'Union n'ont pas partagé le même avis tant la lecture de l'arrêt donne une impression de bricolage casuistique. En effet, l'argumentation juridique tenue par la Cour de justice est discutable. Nonobstant le fait que les États n'ont pas transféré à l'Union la compétence pour réglementer le regroupement familial des nationaux sédentaires, l'on ne peut également qu'adhérer au commentaire de J.-Y. CARLIER selon lequel il y a surtout une « confusion entre l'applicabilité du droit de l'Union européenne et sa violation. Celle-ci ne peut conditionner celle là »²¹⁵. En principe, la violation d'une règle n'est sanctionnée que si elle se réalise dans son champ d'application. Or, la Cour raisonne à l'inverse, « comme si une situation, au départ interne, bascule dans le champ du traité si la norme en cause entrave réellement les chances du requérant d'exercer ultérieurement les libertés de circulation. La norme européenne serait alors applicable si l'entrave était constituée »²¹⁶. Selon le raisonnement de la Cour, c'est donc bien la violation du droit qui détermine son applicabilité. Ce problème de rigueur juridique n'a donc pas échappé à la doctrine²¹⁷.

De cette argumentation juridique peu orthodoxe, l'on peut supposer que la Cour de justice n'a pas souhaité consacrer un droit au séjour autonome au citoyen de l'Union, d'où cette acrobatie juridique. Cette conclusion est partagée avec A. JAUREGUIBERRY qui affirme que ce droit de séjour n'est que la conséquence de l'interdiction de l'expulsion de fait²¹⁸ des enfants du territoire de l'Union et, d'en déduire qu'« il ne suffit pas d'être un national d'un État membre pour bénéficier d'un tel droit »²¹⁹. La jurisprudence ultérieure a d'ailleurs confirmé cette interprétation.

²¹⁵ J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne : Année 2011 », *op. cit.*, p.90.

²¹⁶ J. CAVALLINI, « Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes », *op. cit.*, pp.1363 et s.

²¹⁷ Voir notamment, J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne : Année 2011 », *op. cit.*, p.88 ; S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, MacCarthy et Dereci. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *op. cit.*

²¹⁸ A. JAUREGUIBERRY, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : Etude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens. Dixième journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2012, p.417.

²¹⁹ *Ibid.*

2. Un nouveau critère de rattachement au droit de l'Union aux implications limitées

« Par des formules qui masquent mal ses désaccords »²²⁰, la Cour de justice a refusé d'appliquer cette nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union dans la première affaire se présentant à elle après l'arrêt *Zambrano*. Cette affaire²²¹ est relative à une femme, madame McCarthy, qui possède la double nationalité britannique et irlandaise, a toujours résidé au Royaume-Uni et s'est marié à un jamaïcain. Le mariage n'ayant pas permis à l'époux d'obtenir un titre de séjour selon la législation britannique, le couple s'est fondé sur la directive 2004/38/CE pour solliciter en Grande-Bretagne un titre de séjour, respectivement en qualité de ressortissante irlandaise et de conjoint d'une citoyenne de l'Union. La question posée à la Cour a été de savoir si un ressortissant d'un État membre peut invoquer la nationalité d'un autre État membre à l'encontre de l'État membre dont il a la nationalité et sur le territoire duquel il réside et qu'il n'a jamais quitté, pour faire bénéficier par ricochet du droit de séjour à son époux ressortissant d'un État tiers.

Dans un premier temps, la Cour a répondu que la directive 2004/38/CE n'est pas applicable à la situation de la requérante. Elle a rappelé qu'elle confère des droits, selon son article 3, « à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille ». La possession d'une autre nationalité ne suffit donc pas à rattacher sa situation au champ d'application de la directive²²². En effet, selon la Cour, « la non-prise en compte par les autorités du Royaume-Uni de la nationalité irlandaise de Madame McCarthy aux fins de lui reconnaître un droit de séjour au Royaume-Uni n'affecte aucunement cette dernière dans son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, ni d'ailleurs dans aucun autre droit qui lui est conféré par son statut de citoyenne de l'Union »²²³.

Sur ce point, la Cour semble revenir sur sa jurisprudence *Garcia Avello* qui permet à des sédentaires « binationaux européens » de pouvoir invoquer le droit de l'Union dans une

²²⁰ J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne : Année 2011 », *op. cit.*, p.88.

²²¹ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

²²² Points 31 à 43 de l'arrêt *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

²²³ Point 49 de l'arrêt *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

situation purement interne. Mais, comme le relève justement N. CARIAT, il faut être prudent à propos d'un possible revirement de cette jurisprudence « puisqu'il s'agit d'un arrêt isolé, rendu par une chambre ordinaire et dont la solution semble liée aux circonstances concrètes de l'espèce : Mme McCarthy avait demandé cette nationalité irlandaise précisément pour invoquer le droit de l'Union et obtenir ainsi un droit de séjour pour son mari que lui refusait le droit interne »²²⁴. En outre, l'auteur relève également que la Cour ne se penche d'ailleurs pas sur cette question pour se concentrer uniquement sur un autre facteur de rattachement au droit de l'Union qu'est le critère de la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen de l'Union.

Sur ce point, elle a comparé la situation de McCarthy à celle des enfants de M. Zambrano pour constater que, contrairement à ces derniers, la première ne se verrait pas obligée de quitter le territoire de l'Union à la suite d'un refus de séjour opposé à son conjoint²²⁵. Elle ne serait donc pas privée de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits. Il en ressort que les alternatives qui demeurent pour Madame McCarthy sont au nombre de trois. D'une part, elle peut résider seule dans son État d'origine. D'autre part, elle peut faire le choix de vivre sa vie familiale avec son conjoint en quittant le territoire de l'Union. Enfin, elle peut tenter d'«européaniser» sa situation en migrant dans un autre État membre avec son conjoint de façon à pouvoir bénéficier du droit au regroupement issu de la directive 2004/38/CE et, revenir dans son État de nationalité qui devra reconnaître ce droit acquis dans un autre État.

Il existerait, si les deux arrêts sont comparés, une différence entre Mme McCarthy et les enfants de M. Zambrano pour qui la seule alternative aurait été de quitter le territoire de l'Union, ils n'auraient pas eu d'autres choix. Faut-il en conclure que la vie familiale des parents avec leurs enfants relève de l'essentiel des droits de citoyen de l'Union, ce qui n'est pas le cas de la vie familiale des époux ? Ces deux arrêts semblent, sur ce point, particulièrement contradictoires. F. PICOT constate d'ailleurs que « la Cour s'est abstenue d'observer que l'éloignement des parents d'un enfant citoyen était plus grave que la privation

²²⁴ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union : différences de traitement et protection », *op. cit.*, p.433.

²²⁵ Point 50 de l'arrêt *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

du séjour d'un citoyen adulte compte tenu de la substituabilité du conjoint (...)»²²⁶.

Surtout, « visiblement effrayée par sa propre audace »²²⁷ dont elle a fait œuvre dans l'arrêt *Zambrano*, telle un « pompier-pyromane », et « plutôt que se déjuger »²²⁸, la Cour de justice a, dans l'arrêt *Dereci*²²⁹, particulièrement restreint les potentialités du nouveau critère de rattachement au droit de l'Union qu'est la jouissance effective des droits de la citoyenneté de l'Union. En effet, elle y a affirmé explicitement que ce n'est qu'« exceptionnellement », que « ce critère [qui] revêt un caractère très particulier »²³⁰ sera utilisé. La Cour a ainsi précisé que l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union est remis en cause que dans « des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble »²³¹. En somme, c'est la contrainte de quitter le territoire de l'Union qui définit ce critère et, qui est donc déterminante pour examiner une demande relative à un droit de séjour introduite par un membre de la famille d'un citoyen de l'Union, ressortissant de pays tiers. On peut estimer que la Cour s'approprie un principe classique de droit international public, réaffirmé à l'article 3 du protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'Homme, qui s'oppose à ce qu'un État refuse à ses propres ressortissants le droit d'accéder à son territoire et d'y séjourner. La Cour transpose ce principe dans l'ordre juridique de l'Union, au « territoire de l'Union », et prouve que le ressortissant d'État membre n'est plus considéré comme un étranger « classique » non plus au seul regard de

²²⁶ F. PICOD, « Reconnaissance d'un droit de séjour à un ressortissant colombien père de deux enfants devenus citoyens de l'Union », *JCP G*, n° 11-12, p.543 et s.

²²⁷ L. CLÉMENT-WILZ, « Chronique de droit administratif et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2012, pp.377 et s.

²²⁸ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *MacCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *op. cit.*, p.29.

²²⁹ Se trouvaient jointes aux principales cinq affaires présentant des caractéristiques similaires dont celle de Monsieur *Dereci*, ressortissant turc qui est entré illégalement en Autriche et a épousé une citoyenne autrichienne avec qui il a eu trois enfants, tous des citoyens autrichiens et mineurs. Résidant avec sa famille en Autriche, il a vu sa demande de permis de séjour rejetée par l'administration autrichienne qui a refusé d'appliquer les dispositions de la directive 2004/38/CE au motif que sa conjointe, citoyenne de l'Union, n'a pas exercé son droit à la libre circulation. Il a alors fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion. Saisie par voie préjudicielle par le Verwaltungsgerichtshof autrichien, la Cour de justice a répondu à la question de savoir si le droit de l'Union implique l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant de pays tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union sédentaire. Plus précisément, la Cour administrative autrichienne a invité la Cour de justice à préciser la portée des arrêts *MacCarthy* et *Zambrano*.

²³⁰ Point 67 de l'arrêt *Dereci*, aff. C-256/11, précité.

²³¹ Point 66 de l'arrêt *Dereci*, aff. C-256/11, précité.

l'État membre d'accueil mais de manière plus générale sur le territoire de l'Union.

Est-ce que cela signifie qu'un citoyen de l'Union ayant la possibilité de résider dans un autre État membre avec sa famille ne satisfait pas à la condition de privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par sa citoyenneté dès lors que sa circulation « offre comme –prix– à la mobilité »²³² des avantages notamment en matière de regroupement familial ? La jurisprudence ultérieure sera certainement déterminante sur ce point. De surcroît, l'appréciation par la Cour de cette contrainte de quitter le territoire de l'Union est particulièrement rigoureuse. Une menace réelle d'expulsion du territoire de l'Union doit être établie. En effet, « le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un État membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d'un État membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l'Union serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'était pas accordé »²³³. Cette précision de la Cour laisse perplexe dès lors que « l'intensité de la gêne deviendrait un critère d'appréciation alors qu'elle ne l'est pas, en principe, pour qualifier une entrave aux libertés de circulation »²³⁴.

Si ce mouvement jurisprudentiel paraît complexifier la catégorisation des citoyens de l'Union, il est cependant possible selon J.-Y. CARLIER²³⁵ de dégager désormais trois hypothèses de rattachement au droit de l'Union qui sont d'ailleurs synthétisées dans l'arrêt *Dereci*. Soit le critère de l'extranéité est rempli (antérieur ou actuel) et, dans ce cas le droit primaire et le droit dérivé relatif à la libre circulation du citoyen de l'Union sont appliqués²³⁶. Soit, il n'y a pas de franchissement physique d'une frontière, mais « un facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union »²³⁷ comme la double

²³² H. TAGARAS, « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites –purement internes– », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck. Etudes de droit européen et international*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.1537.

²³³ Point 68 de l'arrêt *Dereci*, aff. C-256/11, précité.

²³⁴ J. CAVALLINI, « Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes », *op. cit.*, pp.1363 et s.

²³⁵ J.- Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, avril 2012, n°188, p.124.

²³⁶ Points 44 à 58 de l'arrêt *Dereci*, aff. C- 256/11, précité.

²³⁷ Point 60 de l'arrêt *Dereci*, aff. 256/11, précité.

nationalité européenne²³⁸, c'est-à-dire un critère d'extranéité virtuel, et le droit primaire comme dérivé relatif à la libre circulation du citoyen de l'Union sont appliqués. Soit, à défaut de critère d'extranéité réel ou virtuel, si la mesure nationale crée une situation dans laquelle « le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble »²³⁹, le droit de la citoyenneté de l'Union est appliqué.

L'assouplissement et la mise à l'écart exceptionnelle de l'exigence de l'extranéité permettent de conférer une protection du droit de l'Union aux nationaux des États membres sédentaires dans certaines circonstances. Cependant, cette évolution jurisprudentielle ne consacre pas une égalité de traitement totale entre les citoyens de l'Union. L'efficacité de la situation du citoyen de l'Union demeure fondamentalement liée à l'exigence du critère de l'extranéité.

Sont donc exclus des bénéficiaires des principaux droits liés à la citoyenneté de l'Union, la non-discrimination et la libre circulation, non seulement les étrangers au sens du droit de l'Union mais également les ressortissants des États membres en situation de sédentarisation sauf s'ils prouvent un rattachement précaire ou virtuel de leur situation au droit de l'Union ou, une privation de la jouissance effective des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union.

Parallèlement à cette hiérarchisation originale au sein des citoyens de l'Union, existe également une graduation dans le traitement par le droit de l'Union de l'étranger, moins originale que la première dès lors que ce phénomène existe dans les ordres juridiques nationaux. Tout comme il existe «des degrés de citoyenneté de l'Union», des «degrés d'étrangeté» sont également consacrés par le droit de l'Union qui consacre des « discriminations dans la discrimination »²⁴⁰.

²³⁸ Même si la portée paraît limitée par l'arrêt *McCarthy*, aff. C-434/09, points 51 et 52, précité.

²³⁹ Points 64 à 66 de l'arrêt *Dereci*, aff. C-256/22, précité.

²⁴⁰ P. DE BRUYCKER, « Rapport belge », in *L'étranger, Travaux de l'association Henri Capitant, journée luxembourgeoise*, tome XLVIII, 1997, Paris, LGDJ, 2000, p.83.

SECTION 2. LA NATIONALITÉ, CRITÈRE NON EXCLUSIF DE RATTACHEMENT AU DROIT DE L'UNION

J.-F. AKANDJI-KOMBE remarque que « derrière ce raisonnement binaire [fondé sur la distinction citoyen de l'Union/ ressortissant d'État tiers] se cache une complexité de situations » puisque les ressortissants d'États tiers « ne sont pas tous logés à la même enseigne »²⁴¹. En effet, la reconnaissance progressive de droits dérivés de la citoyenneté de l'Union au profit de certains d'entre eux conteste partiellement la « fonction passive » de la nationalité dans l'ordre juridique de l'Union. Il convient alors de distinguer clairement le statut de citoyen de l'Union octroyé aux seuls ressortissants d'État membre de l'exercice des droits afférents à la citoyenneté de l'Union dont les titulaires peuvent être également les ressortissants d'État tiers.

Ainsi, loin d'être monolithique, le traitement européen de l'étranger « donne corps à des différences de traitement et classe les étrangers, accordant certains droits (...) les déniaient aux autres »²⁴². En d'autres termes, s'il existe une seule définition formelle de l'étranger au sens du droit de l'Union, celui qui n'a pas la nationalité d'un État membre, coexistent cependant plusieurs « définitions matérielles »²⁴³ de l'étranger. Il faut donc en conclure avec C. COURNIL que « la définition «matérielle» de l'étranger-ressortissant d'État tiers n'est pas «fixe» »²⁴⁴. Elle « se dédouble à l'image des cercles concentriques pour appréhender les différents ressortissants de pays tiers aux statuts intermédiaires »²⁴⁵.

Le premier exemple de diffusion des droits attachés à la citoyenneté de l'Union au profit de ressortissants d'États tiers passe par la reconnaissance indirecte de plusieurs

²⁴¹ J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, pp.351 et s.

²⁴² A. LYON-CAEN, *RDSS*, numéro spécial, avril-juin 1987, p.193.

²⁴³ C. COURNIL, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, *op. cit.*, p.195.

²⁴⁴ *Ibid*, p.181.

²⁴⁵ *Ibid*, p.195.

« liaisons communautaires »²⁴⁶ consacrées par le droit primaire et dérivé selon la situation du ressortissant d'État tiers²⁴⁷. Le second exemple où la citoyenneté de l'Union transporte certains de ses effets sur la situation des ressortissants de pays tiers²⁴⁸ est de nature directe lorsque le droit de l'Union confère directement à ces ressortissants un statut de «quasi-européen». Cependant, ces deux cercles privilégiés d'étrangers n'accèdent à certains droits de la citoyenneté de l'Union que de manière limitée. Cette indifférence du lien de nationalité n'est qu'apparente, l'effet d'exclusion de ce critère est certes partiellement démenti, il persiste en tant que critère de différenciation²⁴⁹ (Paragraphe 1). Cette évolution d'un droit des l'étranger de l'Union « vers un droit d'inclusion ou, à tout le moins d'infusion »²⁵⁰ révèle une frontière fluctuante entre les catégories européennes de personnes. Le rapprochement opéré entre le statut de certains ressortissants d'États tiers et celui de citoyen de l'Union interroge le lien de nationalité étatique comme marqueur opérationnel de distinction entre ce qui relève d'une part, du droit de la citoyenneté de l'Union et d'autre part, du droit des étrangers de l'Union. Pour y remédier, la consécration d'un critère distinctif proprement européen dégagé du schéma étatique fondé sur la nationalité est une solution régulièrement défendue par la doctrine (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'exercice de certains droits de la citoyenneté de l'Union par les ressortissants d'État tiers

L'exercice des droits attachés au statut de citoyen de l'Union est-il réservé au seul ressortissant d'État membre justifié par la possession de la nationalité d'un État membre ? *A priori*, oui. Cependant, ce statut monopolistique du citoyen de l'Union à l'égard des nationaux

²⁴⁶ *Ibid*, p.182.

²⁴⁷ J.-Y. CARLIER, « La circulation des personnes dans l'Union européenne. Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp.164-165.

²⁴⁸ P. RODIÈRE, « Libre circulation et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTDE*, 2006, p.176.

²⁴⁹ C. PICHERAL, « Espace de liberté, sécurité et justice et champ d'application du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004/1, p.100.

²⁵⁰ J.-Y. CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », *op. cit.*, p.162.

des États membres a été progressivement remis en cause. Par un « effet boule de neige »²⁵¹, au titre de la politique de la libre circulation ou au titre de la politique migratoire européenne, certains droits réservés aux citoyens de l'Union ont été octroyés à certains ressortissants d'États tiers. Ce « traitement préférentiel »²⁵² de certains ressortissants d'États tiers leur attribuant un régime matériellement similaire à celui du citoyen de l'Union remet *a priori* en cause la nationalité dans sa fonction d'exclusion dès lors qu'un découplage entre la nationalité d'un État membre et l'exercice des droits de la citoyenneté de l'Union est avalisé par le droit de l'Union. Autrement dit, « il n'y a plus de correspondance automatique entre le contenant (la qualité de citoyen européen) et le contenu (droits et obligations mentionnés par les articles 18 à 25 TFUE) »²⁵³.

Cependant, la fonction de différenciation de la nationalité est maintenue. D'une part, ce critère permet toujours d'identifier formellement ces ressortissants d'État tiers comme étant des étrangers au sens du droit de l'Union. D'autre part, sur le plan matériel, des différences subsistent entre eux et les citoyens de l'Union si bien qu'il est impossible d'évoquer une éventuelle assimilation. Le critère de la nationalité légitime toujours leur soumission, même s'ils sont qualifiés d'étrangers privilégiés dans l'ordre juridique de l'Union, à certains droits généraux du droit des étrangers qui les empêchent donc d'accéder de manière complète aux droits de la citoyenneté de l'Union. En somme, l'attribution de droits reconnus aux citoyens de l'Union au profit de certains ressortissants de pays n'en font pas pour autant des citoyens de l'Union²⁵⁴.

²⁵¹ J.-Y. CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regards sur la directive 2004/38 », *CDE*, 2006, n°1-2, p.23.

²⁵² C. SCHMITTER, « Droits économiques, sociaux, politiques et différences de traitement entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants communautaires », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalité. Le principe de non discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.151 et s.

²⁵³ S. BARBOU DES PLACES, « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *RAE*, 2011/1, p.40.

²⁵⁴ *Ibid.*

A. Les hypothèses d'élargissement des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers

Comme le rappelle C. SI BOUAZZA, « les frontières du cercle des citoyens de l'Union sont en principe dessinées par les droits de la nationalité de chaque État membre : pas de nationalité, pas de citoyenneté ». Autrement dit, un ressortissant qui ne possède pas la nationalité d'un État membre n'accède pas en principe au statut de citoyen de l'Union. Toutefois, certains ressortissants d'État tiers accèdent à l'exercice des droits attachés au statut de citoyen de l'Union –par ricochet– au titre de la politique de la libre circulation ou au titre de la politique migratoire de l'Union européenne.

D'emblée, il faut remarquer que cette hiérarchisation catégorielle entre les différentes figures de l'étranger n'est pas une innovation européenne. En effet, elle est une permanence dans l'histoire du droit des étrangers, seul « l'ordre sinon le principe varie selon les sociétés et les époques »²⁵⁵. Dans les États, si la terminologie d'étranger est unifiée autour du critère de la nationalité, il existe toutefois des sous-catégories²⁵⁶ dont le contenu est matériellement différent. La catégorisation de l'étranger n'est donc pas exclusive d'une hiérarchisation.

Le droit de l'Union consacre également une hiérarchisation catégorielle au sein des étrangers. En effet, certains d'entre eux bénéficient d'un statut privilégié en ce qu'ils peuvent bénéficier de certains droits réservés aux citoyens de l'Union. Ces droits réservés au citoyen de l'Union leur sont octroyés, par une forme d'« infusion »²⁵⁷ dans leur statut, soit en tant que bénéficiaires dérivés (1) soit en tant que bénéficiaires immédiats (2).

1. L'« infusion » indirecte des droits de la citoyenneté de l'Union dans le statut des ressortissants d'États tiers

²⁵⁵ D. LOCHAK, « Immigration subie, immigration choisie : vers de nouvelles hiérarchies », Conférence du 14 mars 2006, CERSA-CREDOF, Séminaire sur les politiques antidiscriminatoires animé par D. BORILLE.

²⁵⁶ Par exemple, le CESEDA.

²⁵⁷ Expression utilisée par J.-Y. CARLIER (« Non-discrimination et étrangers », *op. cit.*) qui correspond le mieux à cette situation et qui sera donc empruntée à l'auteur par la suite.

La première exception ressort des articles 56 et 57 TFUE qui autorisent une entreprise établie dans un État membre à prester des services dans un autre État membre aux mêmes conditions que celles imposées par cet État à ses entreprises nationales. Le corollaire de ces dispositions est la liberté reconnue à l'entreprise de se déplacer avec son personnel. Dans ses arrêts *Seco*²⁵⁸ et *Rush Portuguesa*²⁵⁹, la Cour de justice a interprété ces articles comme permettant aux prestataires de service de pouvoir se déplacer avec leurs salariés dans les États membres, quelle que soit la nationalité de ceux-ci. Même si la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996²⁶⁰ relative au détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ne consacre pas explicitement cette possibilité, la Cour n'a pas depuis modifié sa position. Dans son arrêt *Commission c/ Luxembourg* du 21 octobre 2004²⁶¹, elle a confirmé que dans le cadre du détachement, aucune autorisation de travail ne peut être opposée aux salariés ressortissants d'États tiers dès lors qu'ils résident régulièrement dans un autre État membre. Selon l'article 3 de la directive 96/71/CE, une fois dans l'État d'accueil, les travailleurs ressortissants d'État tiers doivent, dans le cadre du détachement temporaire dans un autre État membre, bénéficier des conditions de travail et d'emploi préférentiels puisqu'ils sont soumis au droit commun du travail applicable dans l'État membre. Sur ce fondement, un ressortissant d'État tiers peut dès lors entrer et séjourner dans un autre État membre à des conditions plus favorables que celles réservées au ressortissant d'État tiers

²⁵⁸ CJCE, 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral contre Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. jointes C-62/81 et 63/81, *Rec.*, p.223. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de G. DRUESNE, « Liberté de prestation des services et travailleurs salariés (les arrêts Webb et Seco de la Cour de justice des Communautés européennes) », *RTDE*, 1982, p.75.

²⁵⁹ CJCE 23 mars 1990, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, aff. C-113/89, *Rec.*, p. I-01417 (ci-après «arrêt *Rush Portuguesa*»). Sur cet arrêt voir notamment les commentaires de M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services, *JDI*, 1991, p.471 ; J. MAURO, *Gaz. Pal.*, 1990, II, Som., p.333 ; P. POCHET, « L'inconditionnalité de la liberté de prestation de services au regard des limites imposées à la liberté de circulation des travailleurs », *LPA*, 1992, n° 92, p.25 ; P. TERNEYRE, « Marchés publics », *S.*, 1991, Som., p.102 ; H. VERSCHUEREN, « L'arrêt *Rush Portuguesa*: un nouvel apport au principe de la libre circulation des travailleurs dans le droit communautaire », *Rev. dr. étr.*, 1990, p.231.

²⁶⁰ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 2 janvier 1997, p.1.

²⁶¹ CJCE, 21 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec.*, p. I-10191. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de L. IDOT, « Détachement des travailleurs. Qualification de l'exigence impérieuse d'intérêt général », *Europe*, 2004, Décembre, Comm. n° 406, p.19 ; J.-P. LHERNOULD, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2005, p.189 ; F. MEYER, « Droit communautaire du travail », *D.*, 2005, Pan., p.2783.

ordinaire. Un État membre peut simplement exiger du prestataire de services une déclaration préalable attestant de la situation régulière des ressortissants d'États tiers dans l'État membre où il les emploie²⁶². De manière générale, ils bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour dans un autre État membre ainsi que d'un traitement national dans le cadre de leur travail.

En dehors des traités, deux autres exceptions au critère de la nationalité ont été consacrées, soit sur le fondement du droit dérivé, soit sur le fondement de conventions. Le premier est le lien familial qui a été établi très tôt. L'article 10 du règlement n°1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 ouvre expressément le droit aux membres de la famille d'un travailleur d'un État membre d'accéder au droit de la libre circulation « *quelle que soit leur nationalité* ». Le régime est désormais fixé par la directive du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union européenne et de leurs familles de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres²⁶³. D'un point de vue général, les droits reconnus aux membres de la famille sont comparables à ceux reconnus au citoyen de l'Union lui-même. Le régime accordé est très dérogatoire du régime commun des ressortissants d'État tiers²⁶⁴. D'une part, l'entrée sur le territoire d'un autre État membre est facilitée. Même si la directive différencie les membres de la famille qui ont la nationalité d'un État membre de ceux qui ont la nationalité d'un État tiers en subordonnant le regroupement à un visa, les États doivent accorder à ces personnes « toutes facilités pour l'obtenir »²⁶⁵. Pour le séjour de moins de trois mois, seul un passeport en cours de validité suffit. Au delà, ils doivent remplir la même condition, prouver le lien de parenté et, attester qu'ils ont séjourné dans l'État membre d'accueil du citoyen de l'Union²⁶⁶.

²⁶² CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. C-219/08, *Rec.*, p. I-09213.

²⁶³ Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union européenne et de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres du Parlement et du Conseil, précitée.

²⁶⁴ Pour une analyse complète du regroupement familial en droit de l'Union, voir C. BERTRAND, « Le regroupement familial en droit communautaire », in C. BERTRAND (dir.), *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions sociologiques, 2008, pp.183 et s.

²⁶⁵ Pour favoriser le droit de circulation de ces membres de la famille ressortissants d'un État tiers, les États membres sont invités à leur accorder « toutes facilités pour obtenir les visas nécessaires » et à « délivrer ces visas sans frais dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée » (article 5). La possession d'une carte de séjour de « membre de la famille d'un citoyen de l'Union » en cours de validité (article 10) dispense de l'obligation de visa d'entrée (article 5).

²⁶⁶ Article 7 et s. de la directive 2004/38/CE, précitée.

Une fois dans l'État membre d'accueil, la directive offre au ressortissant d'État tiers un statut complet, et l'égalité de traitement posée par la directive à l'article 24 se rapproche du principe de non-discrimination selon la nationalité de l'article 18 TFUE « [au] point qu'il est parfois délicat de différencier, du point de vue des droits accordés, un ressortissant communautaire d'un membre de sa famille »²⁶⁷. En effet, il bénéficie comme le citoyen de l'Union d'un droit à la libre circulation intra-européenne et du droit à ne pas être discriminé dans l'État membre d'accueil du regroupant. Il existe donc une extension de certains droits de la citoyenneté de l'Union à des ressortissants de pays tiers qui ne relèvent pas du droit des étrangers de l'Union mais du droit dérivé relatif à la libre circulation des citoyens de l'Union.

La deuxième exception découle des accords conclus entre l'Union européenne et des États tiers²⁶⁸. L'accord conférant le plus de droits à des ressortissants d'États tiers est l'accord conclu avec les États de l'Espace économique européen²⁶⁹ complété avec les accords bilatéraux signés avec la Confédération suisse²⁷⁰ accordant aux ressortissants de ces États tiers les principaux droits de la libre circulation. Aux termes des articles 1^{er} §2b, 28 et 35 de l'accord EEE, les personnes visées doivent bénéficier de la libre circulation au même degré que les ressortissants des États membres. Ils se voient alors reconnaître un statut équivalent à celui des citoyens de l'Union migrants puisqu'ils bénéficient pleinement de la libre circulation. L'interprétation extensive de l'article 28 de l'accord relatif à la libre circulation des ressortissants de ces États leur confère un « statut social complet équivalent à celui des travailleurs communautaires »²⁷¹ permettant l'octroi d'un droit de se déplacer, d'un droit de séjour, d'un droit à la non-discrimination en ce qui concerne le travail et même d'un droit à des prestations sociales contributives. Ces ressortissants d'États tiers se voient ainsi pleinement garantir un statut dérogatoire à celui des ressortissants d'États tiers ordinaires. Ce sont des citoyens de l'Union — « assimilés ».

²⁶⁷ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, op. cit., p.203.

²⁶⁸ Ces accords sont prévus aux articles 243, 212 et 217 TFUE.

²⁶⁹ Accord d'association établissant l'Espace économique européen du 2 mai 1992, signé à Porto, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1993, JO L 1 du 3 janvier 1994, p.1.

²⁷⁰ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RO 2002 1529 (RS 0.142.112.681) / JO L 114 du 30.4.2002, p.6. Voir, C. KADOUS et J. GRENER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse/UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

²⁷¹ C. SCHMITTER, « Droits économiques, politiques et différence de traitement entre les ressortissants des pays d'États tiers et les ressortissants communautaires », op. cit., pp.151 et s.

Peut être également cité l'accord scellant l'association entre la Turquie et l'Union européenne²⁷² qui dispose en son article 12 que « les parties contractantes conviennent de s'inspirer des articles 48, 49 et 50 du traité instituant la Communauté pour réaliser graduellement la libre circulation des travailleurs entre elles ». Le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité, est lui aussi inscrit dans le protocole additionnel, et connaît également une application extensive. Si son champ d'application est limité aux questions sociales, il permet néanmoins une protection du travailleur turc en matière de conditions du travail et de sécurité sociale. Trois conditions sont posées : il doit avoir la nationalité turque, avoir un emploi dans l'État membre d'accueil et une autorisation de séjour. Lorsque ces exigences sont remplies, le principe est d'effet direct et interprété de façon à ce que les travailleurs turcs soient considérés comme des travailleurs communautaires²⁷³. Si cela ne vise que les travailleurs turcs légalement employés ou établis dans un État membre, l'idée de transposition des garanties prévues pour les citoyens de l'Union se retrouve également à l'égard de ces ressortissants d'État tiers. La Cour de justice a, en effet, adopté une jurisprudence favorable à l'intégration des travailleurs turcs dans l'État membre d'accueil²⁷⁴ notamment en matière de mesures d'éloignement ordonnées à leur rencontre. La Cour a ainsi

²⁷² Accord créant une association entre la CEE et la Turquie signé le 12 septembre 1963, entré en vigueur le 1^{er} décembre 1964, conclu, approuvé et confirmé au nom la Communauté par la décision 64/732/CEE du Conseil, du 23 décembre 1963, JO 217 du 29 décembre 1964, p.3687 ; protocole additionnel annexé à l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie et relatif aux mesures à prendre pour leur entrée en vigueur, signé le 23 novembre 1970, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1973, conclu, approuvé et confirmé au nom de la Communauté par le règlement (CEE) n°2760/72 du Conseil, du 19 décembre 1972, JO L 293 du 29 décembre 1972, p.1 ; décision n° 1/80 du 19 septembre 1980 relative au développement de l'association, adoptée par le Conseil d'association institué par l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, non publiée au JO, consultable dans *L'Accord d'association et Protocoles CEE - Turquie et autres textes de base*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruxelles, 1992. Pour une analyse exhaustive de l'association entre la Communauté européenne et la Turquie, voir notamment C. ZEYNEP PIRIM, *Un exemple d'association à la communauté européenne : le cas de la Turquie*, Collection Organisation internationale et relations internationales, Bruxelles, Bruylant, 2012.

²⁷³ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre Ville de Schwäbisch Gmünd*, aff. 12/86, *Rec.*, p.3719. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de V. CONSTANTINESCO et D. SIMON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. I.- Institutions et ordre juridique communautaire », *JDI*, 1988 p.493 ; T. JORIS, « La Cour de justice des Communautés européennes et la libre circulation des travailleurs turcs: l'affaire Demirel », *Rev. dr. étr.*, 1988 p.88. Voir également, CJCE, 4 mai 1999, *Sema Sürül contre Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-262/96, *Rec.*, p. I-02685. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de L. IDOT, *Europe*, 1999, Juillet, Comm. n° 253, p.18 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2000, p.500.

²⁷⁴ V. POLAT, « Le glissement de la politique jurisprudentielle de la Cour de Justice à l'égard des travailleurs turcs », *Europe* 2012, n°8-9, comm. 9, p.7.

admis, dans l'arrêt *Cetinkaya*²⁷⁵, rendu à propos d'une mesure d'éloignement prise à l'encontre d'un ressortissant turc que les principes admis dans le cadre des articles 45 et suivants du TFUE relatifs à la libre circulation des travailleurs ressortissants des États membres doivent être « transposés, dans la mesure du possible, aux ressortissants turcs »²⁷⁶ couverts par l'accord d'association CEE-Turquie du 12 septembre 1963 et la décision 1/80 prise pour son application. Dans le même sens, la Cour a affirmé dans l'arrêt *Dörr*²⁷⁷ qu'« il est indispensable de reconnaître auxdits travailleurs les mêmes garanties procédurales que celles accordées par le droit communautaire aux ressortissants des États membres »²⁷⁸ afin d'assurer l'efficacité de leur protection.

La directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier²⁷⁹, adoptée en 2008, confirme cette évolution. Selon l'article 3 de la directive, est un ressortissant d'un pays tiers aux fins de la présente directive « toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union (...) ni une personne jouissant du droit communautaire de la libre circulation telle que définie à l'article 2, point 5), du code frontières Schengen ». Partant, elle ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union migrant, auxquels s'applique la directive 2004/38/CE et, au ressortissants de pays tiers et aux membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, « qui, en vertu d'accords conclus entre la Communauté et ses États membres, d'une part, et ces pays tiers, d'autre part, jouissent de droits en matière de libre circulation équivalents à ceux des citoyens de l'Union »²⁸⁰. Cette directive confirme la

²⁷⁵ CJCE, 11 novembre 2004, *Inan Cetinkaya contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-467/02, *Rec.*, p. I-10895 (ci-après «arrêt *Cetinkaya*»).

²⁷⁶ Point 42 de l'arrêt *Cetinkaya*, aff. C-467/02, précité.

²⁷⁷ CJCE, 2 juin 2005, *Georg Dörr contre Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten et Ibrahim Ünal contre Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg*, aff. C-136/03, *Rec.*, p. I-04759 (ci-après «arrêt *Dörr*»). Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de D. SIMON, « Ordre public », *Europe*, 2005, Août-Septembre, Comm. n° 290, p.20.

²⁷⁸ Point 67 de l'arrêt *Dörr*, aff. C-136/03, précité.

²⁷⁹ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 du 24 décembre 2008, p.98.

²⁸⁰ Article 2, point 5), a) et b) du code frontières Schengen. Voir le règlement (UE) n°610/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, modifiant le règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) n°1683/95 et (CE) n°539/2001 du Conseil et les règlements (CE) n°767/2008 et (CE) n°810/2009 (code des visas) du

tendance du droit de l'Union à estomper la frontière entre ressortissant d'État membre et ressortissant de pays tiers en construisant une « citoyenneté européenne des ressortissants des pays tiers en forme de patchwork »²⁸¹.

2. L'« infusion » directe des droits de la citoyenneté de l'Union dans le statut des ressortissants d'États tiers

Le mouvement d'inclusion du ressortissant d'État tiers a été approfondi par le droit de l'Union par l'intermédiaire de la création d'un statut de ressortissant d'État tiers résident de longue durée. Elle répond à la volonté émise lors du Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999²⁸² de rapprocher le statut juridique des ressortissants de pays tiers de celui des ressortissants des États membres. Le Conseil précisait qu'une personne résidant légalement dans un État membre, pendant une période à déterminer, et titulaire d'un permis de séjour de longue durée, devrait se voir octroyer dans cet État membre un ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne.

Ce statut de résident de longue durée a été consacré par le droit de l'Union. Il doit être accordé, selon l'article 4 de la directive 2003/109/CE²⁸³, « aux ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur leur territoire pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande en cause ».

D'une part, la directive prévoit en son article 11 que le résident de longue durée bénéficie de l'égalité de traitement avec les nationaux dans de nombreux domaines. Il a ainsi

Parlement européen et du Conseil, JO L 182 du 29 juin 2013, p.1

²⁸¹ H. LABAYLE, « L'étranger dans l'Union européenne », in *Le Droit à la mesure de l'homme. Mélanges Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p.425.

²⁸² Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, consultables à cette adresse : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f9.htm

²⁸³ Directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23 janvier 2004, p.44. La directive 2011/51 du 11 mai 2011 (JO L 132 du 19 mai 2011, p.1) étend le champ d'application de ce statut aux bénéficiaires d'une protection internationale (réfugiés) qui en étaient initialement exclus.

droit à toute une série de prestations aux mêmes conditions que les nationaux, notamment en matière de conditions d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée. Sont similaires les conditions d'emploi et de travail, d'éducation et formation professionnelle, de reconnaissance de diplôme et bourses, de protection sociale, les soins de santé, d'assistance sociale, les avantages sociaux et fiscaux, l'accès aux biens et aux services, (...). Ces droits sont donc dans une large mesure semblables à ceux du citoyen de l'Union migrant.

D'autre part, la directive leur accorde la liberté de circulation et le droit de séjour sur le territoire des autres États membres. Le principe est clairement posé à l'article 14 : « Un résident de longue durée acquiert le droit de séjourner sur le territoire d'États membres autres que celui qui lui a accordé son statut de résident de longue durée, pour une période dépassant trois mois (...) ».

Ces différents éléments mettent en évidence la faible opérationnalité de la nationalité comme critère excluant les ressortissants d'État tiers du champ d'application des droits attachés à la citoyenneté de l'Union. Les droits à la libre circulation et à la non-discrimination ne sont plus l'apanage des seuls citoyens de l'Union. Si la différence de traitement originelle entre les deux catégories que sont le citoyen de l'Union et le ressortissant de pays tiers est atténuée, la « fonction passive » de la nationalité, à savoir différencier l'étranger dans l'ordre juridique de l'Union, persiste toutefois.

B. Les limites à l'élargissement des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers

Le critère de la nationalité serait incontestablement démenti, si et seulement si, l'inclusion de ces ressortissants d'États tiers dans le champ d'application des libertés attachées à la citoyenneté de l'Union était constitutive d'une assimilation totale au statut de citoyen de l'Union. Or, ce n'est pas le cas. D'une part, la nationalité reste déterminante puisqu'elle continue à conditionner le contenu du statut des ressortissants d'États tiers qui est lié soit à un citoyen de l'Union en tant de membre de sa famille ou en tant que salarié de son entreprise, soit par une convention entre l'État tiers d'origine du ressortissant et l'Union (1). D'autre part, la nationalité justifie toujours l'enfermement des ressortissants d'États tiers

résidents de longue durée dans une catégorie secondaire moins avantageuse (2).

1. Des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers conditionnés indirectement par le critère de la nationalité

Pour les ressortissants d'États tiers bénéficiant de droits préférentiels dans le cadre de la liberté de prestation d'un ressortissant d'État membre, d'un accord conclu entre l'Union et un État tiers ou au titre du regroupement familial accordé au citoyen de l'Union, la nationalité demeure un critère déterminant.

Ainsi, si des droits d'entrée et de séjour sont accordés aux ressortissants d'États tiers appartenant au personnel d'une entreprise européenne prestataire de services, ils ne sont que des droits dérivés d'un droit accordé à l'employeur, citoyen de l'Union. C'est, en effet, la nationalité du prestataire de services qui permet l'inclusion partielle et temporaire de ces ressortissants d'États tiers dans le cercle des bénéficiaires privilégiés des droits liés à la libre circulation de l'employeur. La mobilité transnationale du personnel des prestataires de services est reconnue en tant qu'elle est nécessaire à l'effectivité des libertés économiques du citoyen de l'Union. Ces travailleurs, ressortissants d'État tiers, acquièrent un droit de la libre circulation, mais ce droit est dérivé, dépourvu d'existence autonome, inséparable de la prestation à laquelle ils sont liés. Ce droit est limité temporairement à la durée de sa réalisation. Finalement, ils n'accèdent à aucun moment au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil²⁸⁴. Autrement dit, un ressortissant d'État tiers appartenant à cette catégorie ne peut pas venir librement chercher et occuper un emploi dans un autre État membre dans les mêmes conditions qu'un citoyen de l'Union.

De même, le ressortissant d'un État tiers ayant conclu un accord avec l'Union européenne a un traitement favorable à raison de sa nationalité. Ce n'est que parce qu'il est le ressortissant d'un État lié conventionnellement avec l'Union qu'il se voit reconnaître certains droits. En cas de rupture du lien conventionnel entre l'Union et un État tiers, le ressortissant de cet État redevient un ressortissant d'État tiers ordinaire. Plus simplement encore, si le

²⁸⁴ Points 15, 17 et 19 de l'arrêt *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, précité.

ressortissant d'État tiers perd la nationalité de son État d'origine, il perd tout droit à la libre circulation.

Enfin, pour les membres de la famille d'un citoyen de l'Union, le rattachement aux libertés de circulation est aussi indirect. Le lien est permis car l'exigence de nationalité posée pour l'accès à l'ordre juridique de l'Union est remplie initialement par le citoyen de l'Union migrant. Si ce lien avec un ressortissant possédant la nationalité d'un État membre n'existe pas, ils sont assimilés à des ressortissants d'État tiers ordinaires. Ils n'ont pas de droits directs, propres à la libre circulation, comme le rappelle la Commission européenne lorsqu'elle affirme que « les droits à la libre circulation des membres de la famille de travailleurs migrants ne sont pas des droits propres à ces membres, mais des droits dérivés »²⁸⁵. Ce sont donc des bénéficiaires indirects du statut de citoyen de l'Union. Par conséquent, la disparition du lien de parenté emporte la suppression de la libre circulation reconnue par le droit de l'Union²⁸⁶. Si le lien est dissous, le ressortissant d'État tiers perd son statut dérogatoire, il redevient un ressortissant d'État tiers ordinaire. Cependant, la directive 2004/38/CE assure, sous certaines conditions, la continuité du statut de ressortissant d'État tiers quand le lien familial est rompu. Ainsi, l'article 12.2 de la directive précise que « le décès du citoyen de l'Union n'entraîne pas la perte du droit de séjour des membres de la famille qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui résidaient dans l'État membre d'accueil en tant que membre de sa famille depuis au moins un an avant le décès du citoyen de l'Union ». Ils doivent démontrer qu'ils sont soit des ressortissants actifs, soit inactifs disposant de ressources suffisantes et d'une assurance maladie. L'article 12.3 précise que le décès n'entraîne pas la perte du droit au séjour des enfants, ainsi que du conjoint qui en a la charge, indépendamment de leur nationalité, pour autant que ceux-ci résident dans l'État membre d'accueil et soient inscrits dans un établissement scolaire, et ce jusqu'à la fin des études. En cas de divorce, d'annulation du mariage ou de rupture d'un partenariat enregistré, les membres de la famille ressortissants d'États tiers qui disposent directement ou indirectement de ressources suffisantes et d'une assurance maladie voient également leur droit de séjour préservé dans la mesure où « le mariage ou le partenariat enregistré a duré au moins trois ans

²⁸⁵ Observations écrites de la Commission européenne citées dans les conclusions de l'avocat général Marco Darnon sur CJCE, 13 février 1985, 267/83, *Aissatou Diatta Land Berlin, Rec.*, p.567.

²⁸⁶ CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, précité.

avant le début de la procédure judiciaire de divorce ou d'annulation ou la rupture, dont un an au moins dans l'État membre d'accueil ». Ce droit au séjour peut être également préservé sans conditions si le ressortissant d'État tiers a été victime de violence domestique pendant la durée du mariage ou du partenariat enregistré ou lorsque la garde de l'enfant a été confiée au conjoint ou partenaire d'État tiers ou enfin lorsqu'un droit de visite est accordé au ressortissant d'État tiers à condition que le juge ait estimé que les visites devaient avoir lieu dans l'État membre et aussi longtemps qu'elles sont jugées nécessaires.

Dans les trois cas, le rattachement au champ d'application des libertés attachées à la citoyenneté de l'Union est déclenché *indirectement* par le critère de la nationalité. La fonction « passive » de la nationalité est par conséquent maintenue parce que, sans ce « rattachement artificiel à la nationalité »²⁸⁷, ces ressortissants d'États tiers relèveraient du régime des ressortissants d'États tiers ordinaires. Cependant, il est possible de constater une forme de mutation du rattachement même si la nationalité reste le facteur déclencheur : l'effectivité de la libre circulation des citoyens de l'Union ou l'intérêt à entretenir avec un État tiers des relations de proximité. On peut ainsi adhérer à l'affirmation de A. LYON- CAEN selon laquelle « l'indifférence de lien de nationalité n'est décidée qu'autant que cette fin la requiert »²⁸⁸.

2. Des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers minorés par le critère de la nationalité

D. NAZET ALLOUCHE relève que les ressortissants d'États tiers qui résident légalement sur le territoire européen « sont en fait privés des droits qui par essence sont attachés au concept de citoyenneté européenne, laquelle puise incontestablement sa source dans celui de citoyenneté nationale »²⁸⁹. Quels sont ces droits qui par essence sont attachés au

²⁸⁷ S. BARBOUDES PLACES, « Nationalité des personnes physiques et droit communautaire », *op. cit.*, p.207.

²⁸⁸ A. LYON-CAEN, « Les bénéficiaires de la libre circulation », in M. BONNECHÈRE (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, Paris, La Documentation française, 1998, p.15.

²⁸⁹ D. NAZET ALLOUCHE, « Quelle citoyenneté pour les ressortissants des pays tiers dans l'Union européenne ? », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles,

concept de citoyenneté de l'Union ? Selon S. SLAMA, il faut distinguer entre les « attributs non exclusifs » et les « attributs exclusifs »²⁹⁰ de la citoyenneté de l'Union.

Parmi les attributs exclusifs du citoyen de l'Union dont sont toujours exclus les ressortissants d'États tiers privilégiés se trouvent, en premier lieu, les droits politiques. Les citoyens de l'Union bénéficient, en effet, du droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen²⁹¹ dans leur État d'origine ou dans l'État de résidence. En principe, les ressortissants d'États tiers qui résident légalement sur le territoire de l'Union n'y accèdent pas. La Cour de justice a toutefois admis qu'un État membre pouvait prévoir le droit de vote aux élections européennes à des ressortissants d'État tiers²⁹². Plus précisément, elle a considéré que le Royaume-Uni pouvait accorder le droit de vote aux élections européennes à des personnes qui résident sur son territoire alors qu'ils ne possédaient pas la nationalité britannique : les résidents de Gibraltar. Mais, excepté ces cas, aucun État membre n'a accordé une telle possibilité²⁹³.

En second lieu, la protection par les autorités diplomatiques et consulaires ne

Bruylant, 2012, coll. À la croisée des droits, p.191.

²⁹⁰ S. SLAMA, « Ressortissants de pays tiers légalement installés : possibles mais improbables citoyens », in C. GAUTHIER C. et M. GAUTIER (dir.), *L'immigration légale : aspects de droit européen*, journée d'études, Bordeaux, 21 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.161-162.

²⁹¹ Article 14 TUE et article 20 TFUE.

²⁹² CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.*, p. I-07917. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, « Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2006, p.2271 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut et Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne (CJCE 12 septembre 2006, aff. C-145/04, Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) », *RTDE*, 2007, p.25 ; F. CHALTIEL, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Institution et ordre juridique communautaire », *JDI*, 2007, p.612 ; A. DAWES, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. –Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord” et –Eman et Sevinger c. College van burgmeester en wethouders van Den Haag” », *RDUE*, 2006, n°3, p.707 ; S. FRANCO, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2007, p.650 ; F. HERVOUËT F., *RAE*, 2006, p.565 ; J.-P. JACQUÉ, « L'affaire Matthews (suite et fin) », *L'Europe des libertés*, 2006, n°21, p.2

²⁹³ Point 78 de l'arrêt *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04. Voir notamment, L. AZOULAI, *ADE*, Bruxelles, Bruylant, vol. IV, 2006, p.715. Dans une déclaration n°64 figurant en annexe du Traité de Lisbonne, le Royaume-Uni a souligné que, le libellé de l'article 14 TUE, aux termes duquel « le Parlement européen est composé de représentants des citoyens de l'Union » ou d'autres articles « ne sont pas destinés à modifier la base du droit de vote pour les élections parlementaires européennes », maintenant ainsi l'ouverture de ce droit au citoyen du Commonwealth résidant depuis une certaine durée sur le territoire du Royaume, en ce compris Gibraltar.

bénéficient qu'au citoyen de l'Union « sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté » de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État membre²⁹⁴.

En troisième lieu, la mobilité intra-européenne des ressortissants d'États tiers demeure « difficile à conquérir »²⁹⁵. Certes, selon l'article 45.2 de la Charte des droits fondamentaux, la liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément aux traités sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux ressortissants d'États tiers résidant légalement sur le territoire de l'Union. La précision « conformément aux traités » révèle que de tels droits ne peuvent être accordés aux ressortissants de pays tiers que dans le cadre du droit dérivé. Or, il n'existe pas pour l'heure de droit général à la libre circulation intra-européenne au bénéfice de l'ensemble des ressortissants d'États tiers se trouvant dans cette situation. Le droit à la libre circulation dans un autre État membre est éclaté dans les régimes différenciés établis au profit de telle ou telle catégorie. Le droit à la mobilité varie selon que l'intéressé est membre de la famille d'un citoyen de l'Union, ressortissant d'un État tiers lié conventionnellement à l'Union, ou réside légalement sur le territoire d'un État membre. Mis à part les membres de la famille d'un citoyen de l'Union, qui jouissent d'une libre circulation véritable, mais qui demeurent liés au citoyen de l'Union afin de lui assurer une vie familiale normale, les autres, qui jouissent de conditions d'entrée et de séjour facilitées voient leur mobilité intra-européenne limitée.

Par exemple, si un droit à la mobilité intra-européenne est reconnu aux étrangers résidents de longue durée, c'est-à-dire qui ont résidé pendant cinq années ou plus de façon légale et ininterrompue dans un État membre, cette faculté est laissée à l'appréciation des États membres qui recouvrent leur souveraineté territoriale. En effet, les conditions d'entrée des ressortissants de pays tiers en provenance des autres États membres pour un séjour de plus de trois mois sont fixées par les différents droits nationaux. L'État membre peut alors refuser ce droit au séjour non seulement pour des motifs liés à l'ordre public ou à la santé publique, mais aussi dès lors que le résident souhaite s'installer pour exercer une activité économique,

²⁹⁴ Article 23 TFUE.

²⁹⁵ D. NAZET ALLOUCHE, « Quelle citoyenneté pour les ressortissants des pays tiers dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p.193.

en invoquant la situation interne du marché du travail²⁹⁶ ou la «préférence européenne». Surtout, les États peuvent limiter le nombre de personnes qui peuvent chaque année exercer ce droit à la mobilité du moment que leur législation nationale prévoit un tel système de contingentement²⁹⁷. La mobilité intra-européenne de ces ressortissants d'État tiers «reste subordonnée aux besoins économiques des États membres et obéit simplement au souci de mieux répartir l'offre de travail dans l'Union»²⁹⁸. M. GAUTIER en conclut que «ce n'est donc pas vraiment un droit à la mobilité, mais plutôt la possibilité de «répartir à zéro» ou presque dans un autre État membre»²⁹⁹. Or, la libre circulation intra-européenne est «le nœud gordien à dénouer pour permettre aux ressortissants de pays tiers, ou tout du moins à certains d'entre eux, de bénéficier d'un statut proche de celui conféré par la citoyenneté européenne, voire de cette dernière»³⁰⁰.

Concernant les attributs non exclusifs du citoyen de l'Union, la différenciation est au contraire amoindrie. Si le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre d'accueil au profit des ressortissants des États tiers n'est pas consacré dans le traité³⁰¹, il est cependant accordé depuis longtemps aux ressortissants d'États tiers résidant sur le territoire de certains États membres. Plus de la moitié des États membres admettent ce droit avec des conditions variables de permanence et de réciprocité³⁰².

Ensuite, d'autres droits accordés expressément aux citoyens de l'Union, comme le droit de pétition, le recours au médiateur européen et le droit à une bonne administration ou l'accès aux documents³⁰³ sont également accordés aux ressortissants de pays tiers³⁰⁴. Enfin,

²⁹⁶ Articles 17, 18 et 14 paragraphe 2 de la directive 2003/109/CE, précitée.

²⁹⁷ Article 14, paragraphe 4 de la directive 2003/109/CE, précitée. Voir notamment, M. GAUTIER, « Vers un statut communautaire des immigrés en situation régulière », *JCP A*, 2004, p.713.

²⁹⁸ D. LOCHAK, « Un espace de liberté, de sécurité, et de justice : pour qui ? », in M. BENLOLO-CARABOT et K. PARROT (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.32.

²⁹⁹ M. GAUTIER, « L'immigration intra-communautaire », in C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *L'immigration légale : aspects de droit européen*, journée d'études, Bordeaux, 21 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.45.

³⁰⁰ D. NAZET ALLOUCHE, « Quelle citoyenneté pour les ressortissants des pays tiers dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p.194.

³⁰¹ Article 22 TFUE.

³⁰² C. WITHOL DE WENDEN, « États des lieux. Europe : droits politiques inégaux », *Territoires*, n°371, octobre 1996, p.26.

³⁰³ Article 24 TFUE.

l'ensemble du droit dérivé pris sur la base de l'article 19 TFUE qui a pour objet la lutte contre la discrimination³⁰⁵ ou encore certaines directives dans le domaine social³⁰⁶ profitent également aux ressortissants d'États tiers.

L'analyse de ces catégories européennes privilégiées d'étrangers prouve que la nationalité n'est que partiellement démentie dans sa fonction d'exclusion des ressortissants d'États tiers des droits de la citoyenneté de l'Union. Ces étrangers demeurent soumis à un régime secondaire moins favorable que celui des citoyens de l'Union. Cette observation conduit ainsi D. NAZET ALLOUCHE à affirmer que « la citoyenneté européenne au bénéfice des ressortissants des pays tiers implique un nouveau modèle de citoyenneté de façon à la détacher de la nationalité et de l'identité politique »³⁰⁷. Cependant, est-il possible d'envisager un critère distinctif proprement européen détaché de la nationalité des États membres ?

³⁰⁴ Pour le droit de pétition, l'article 227 TFUE précise que « tout citoyen européen, ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre, a le droit de présenter, à titre individuel ou en association avec d'autres citoyens ou personnes, une pétition au Parlement européen sur un sujet relevant des domaines d'activité de l'Union et qui le ou la concerne directement » (article 44 de la Charte des droits fondamentaux). Pour le recours au médiateur européen, l'article 228 TFUE précise qu'« un médiateur européen, élu par le Parlement européen, est habilité à recevoir les plaintes émanant de tout citoyen de l'Union ou de toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre (...) » (article 43 de la Charte des droits fondamentaux). Pour le droit à une bonne administration ou l'accès aux documents, voir article 41 et 42 de la Charte des droits fondamentaux.

³⁰⁵ Voir par exemple, la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19 juillet 2000, p.122 et la directive 2000/78 du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2 décembre 2000, p.16.

³⁰⁶ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2008, p.47.

³⁰⁷ D. NAZET ALLOUCHE, « Quelle citoyenneté pour les ressortissants des pays tiers dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p.197.

Paragraphe 2. La pertinence d'un critère distinctif proprement européen

Manifestement, les catégories européennes de citoyen de l'Union et de ressortissant d'État tiers structurent la distribution de droits de l'Union distincts sur le fondement du critère de la nationalité d'un État membre : le droit de la citoyenneté de l'Union, dont « la prérogative phare »³⁰⁸ est la libre circulation mais également le droit à la non-discrimination, et le droit des étrangers. Cependant, il a été constaté précédemment que les droits afférents à la citoyenneté de l'Union, conçus initialement pour les seuls ressortissants d'États membres, ont été progressivement étendus à certaines catégories d'étrangers. Cette instabilité manifeste de la frontière entre les bénéficiaires du droit de la citoyenneté de l'Union et les destinataires du droit de l'Union des étrangers (A) impose de repenser la pertinence du processus actuel de catégorisation des personnes dans l'ordre juridique de l'Union dès lors que le critère de la nationalité d'un État membre n'est plus apte à fonder une ligne de partage intelligible entre les catégories du citoyen et de l'étranger dans l'Union (B).

A. Le constat : une frontière instable entre les catégories du citoyen et de l'étranger dans l'Union

Bien que partiellement démentie, « la nationalité n'est plus la clé de répartition des personnes entre les deux régimes de mobilité »³⁰⁹, celui associé à la catégorie du citoyen de l'Union et celui associé à celle du ressortissant d'État tiers. Bénéficiant de « portions plus ou moins larges »³¹⁰ du droit de la citoyenneté de l'Union, certains ressortissants d'États tiers

³⁰⁸ *Ibid*, p.194.

³⁰⁹ J.-Y. CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regards sur la directive 2004/38 », *op. cit.*, p.23.

³¹⁰ H. DE LARY, « Marché du travail et droits des ressortissants des pays tiers », in M. BONNECHÈRE (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs. Actes du colloque de Paris 10 octobre 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p.174.

voient, en effet, une partie de leur statut en marge du statut général de l'étranger puisque « partiellement contaminé » par le droit de la citoyenneté de l'Union³¹¹.

À ce titre, M.-P. LANFRANCHI remarque que « la frontière entre ressortissant d'un État membre et ressortissant d'État tiers est mobile (...) »³¹². Cette frontière se décale progressivement si bien que l'infusion des droits de la citoyenneté de l'Union dans le statut de certains ressortissants d'États tiers réduit les contours du droit des étrangers de l'Union. La catégorie européenne de l'étranger n'est donc pas figée, elle rétrécit constamment. Cette évolution indique incontestablement une nouvelle direction, favorisant la remise en cause de la nationalité d'un État membre comme critère d'exclusion des étrangers dans l'ordre juridique de l'Union et donc, comme critère de définition de l'étranger. Ce constat prouve que l'unité initiale des bénéficiaires des droits de la citoyenneté de l'Union a été remplacée par une multiplicité de catégories de destinataires potentiels de ces droits. Il en ressort que la multiplication des critères de rattachement au droit de la citoyenneté de l'Union opacifie le tracé de la frontière entre la catégorie du citoyen de l'Union et celle du ressortissant d'État tiers.

Cette difficulté à tracer une frontière entre les catégories du citoyen de l'Union et du ressortissant d'État tiers est accentuée par le paradoxe suivant : Le statut de citoyen de l'Union est attribué à tout ressortissant possédant la nationalité d'un État membre mais l'exercice des droits attachés à ce statut est conditionné par un autre critère, la mobilité intra-européenne. Inversement, le ressortissant d'État tiers n'accède pas au statut de citoyen de l'Union parce qu'il ne possède pas la nationalité d'un État membre mais il se voit toutefois octroyer la possibilité d'exercer des droits attachés à la citoyenneté de l'Union sans que le critère de la mobilité intra-européenne ne soit toujours rempli puisqu'il peut être substitué par la mobilité extra-européenne³¹³.

Or, cette instabilité du processus de catégorisation européenne des personnes est source d'insécurité juridique. S. BARBOU DES PLACES relève, en effet, que « la localisation de la frontière est un enjeu central pour les personnes car seul le droit de la libre

³¹¹ C. CURNIL, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, op. cit., p.195

³¹² M.-P. LANFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté européenne*, op. cit., p.87

³¹³ Voir par exemple, le cas des ressortissants d'États tiers liés conventionnellement à l'Union européenne.

circulation [droit majeur attaché au statut de citoyen européen] donne accès au droit de la mobilité ». Elle précise que l'exigence de sécurité juridique impose une détermination plus claire des personnes qui relèvent du régime de la libre circulation ou du régime des migrations³¹⁴. Dans le même sens, M. BENLOLO-CARABOT demeure perplexe en affirmant que « c'est bel et bien une réflexion sur la légitimité de la communauté des citoyens européens qui se trouve posée (...) la communauté transnationale qui se construit sous l'effet de la citoyenneté n'est pas compréhensible par la référence à l'identité et à l'exclusivisme, reste à savoir ce sur quoi elle peut se fonder et se pérenniser »³¹⁵. C'est pourquoi la doctrine propose de substituer au critère de la nationalité un autre critère de distinction entre les catégories européennes de personnes.

B. La solution : la mobilisation d'un nouveau critère distinctif

Certes, l'idée d'une «nationalité européenne» empruntant les caractéristiques sociologiques et juridiques de la nationalité des États membres et, envisagée comme une nationalité de substitution, apparaît comme une hypothèse extrême³¹⁶. Comme alternative, certains auteurs proposent de créer des catégories européennes de personne émancipées des droits nationaux, c'est-à-dire de la «mère tutélaire» qu'est la nationalité étatique. Concrètement, ils proposent de dissocier le processus de catégorisation européen des personnes des règles nationales de la nationalité. L'avantage serait de fonder le droit de l'Union européenne sur des catégories définies par les législations européennes plutôt que sur la pluralité des droits nationaux de la nationalité. L'Union européenne serait alors habilitée à définir qui sont les citoyens de l'Union et les ressortissants de pays tiers sur la base d'un concept autonome et proprement européen³¹⁷. Les conditions d'accès à la citoyenneté de l'Union ne seraient plus subordonnées aux législations très diverses des États, elles deviendraient de fait égalitaires puisque déterminées de manière autonome par l'Union.

³¹⁴ B. BARBOU DES PLACES, « Quel régime juridique pour la mobilité des personnes en Europe ? », *op. cit.*, pp.4 et s.

³¹⁵ M. BENLOLO-CARABOT, « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *RAE*, 2011/1, p.28.

³¹⁶ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, *op. cit.*, p.56.

³¹⁷ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2.

L'avantage d'un tel critère est qu'il ne serait plus ainsi dicté par les États membres mais au niveau de l'Union européenne.

À ce titre, le critère de la résidence est celui qui connaît la plus grande d'adhésion dans la doctrine³¹⁸ dès lors qu'« un statut/citoyenneté du résident se comprend à la fois pour les citoyens de l'Union qui se déplacent et pour les ressortissants d'États tiers qui viennent résider en Europe »³¹⁹. Parce que « la citoyenneté européenne est fondamentalement perçue comme une régression par rapport aux ordres juridiques internes (...) du moins comme une tentative de reproduction des droits nationaux »³²⁰, M. FALLON se demande si un critère d'accès à la citoyenneté de l'Union de nature territoriale ne permettrait pas à la fois d'affirmer l'originalité de l'intégration européenne dans l'histoire des relations internationales et de définir la population constitutive de l'Union au moyen d'un concept autonome, proprement européen³²¹. En effet, le choix d'un tel critère permettrait de fonder le droit de l'Union sur une notion définie par l'Union plutôt que sur la pluralité des droits nationaux. U. BERNITZ et H. LOKRANTZ soutiennent également l'idée d'un critère alternatif à la nationalité étatique en considérant qu'« il est admissible que l'exercice des droits [de l'Union] soit interdit à un ressortissant de pays tiers, sous le simple prétexte qu'il ne peut acquérir la nationalité de l'État membre dans lequel il réside en vertu de la législation nationale »³²². E. BALIBAR a également développé cette hypothèse d'« une règle d'exclusion supplémentaire qui appartienne en propre à la nouvelle citoyenneté de l'ère postnationale »³²³. La résidence sur le territoire de l'Union se substituerait à la nationalité d'un État membre comme critère favorisant l'autonomie de l'Union qui serait compétente pour octroyer la citoyenneté de l'Union selon son propre critère de définition³²⁴. Cette référence à la résidence légale semble

³¹⁸ Voir notamment M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit. ; C. MARZO, « Aux frontières de l'Europe : comparaison de la situation des résidents ressortissants de différents États tiers, à celle des citoyens de l'Union », *RMCUE*, n°538, mai 2010, p.286.

³¹⁹ C. MARZO, « Aux frontières de l'Europe : comparaison de la situation des résidents ressortissants de différents États tiers, à celle des citoyens de l'Union », op. cit., p.292.

³²⁰ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.138.

³²¹ M. FALLON, « La citoyenneté européenne », *JTDE*, 1994, p.71.

³²² U. BERNITZ et H. LOKRANTZ, « Les droits de l'homme et l'identité européenne : le débat relatif à la citoyenneté européenne », op. cit., p.533.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.141.

d'ailleurs être justifiée par l'évolution actuelle du droit de l'Union européenne³²⁵ tendant à un rapprochement entre le régime de la citoyenneté de l'Union et celui des ressortissants d'États tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre.

Le choix du critère de la résidence légale emporterait deux conséquences principales. D'une part, le recours à ce nouveau critère de distinction entre citoyens et étrangers dans l'Union qu'est celui de la résidence, un *jus nexi*, consacrerait *in fine* une nouvelle définition européenne de l'étranger. Ce critère permettrait de réduire les contours actuels de la catégorie européenne de l'étranger en permettant notamment d'en exclure une dizaine de million de ressortissants d'États tiers. Ainsi, l'article 20 TFUE pourrait être réécrit de la manière suivante : « est citoyen de l'Union toute personne résidant légalement sur le territoire de l'Union ». Toutefois, le choix d'un tel critère, la résidence légale, impliquerait l'adoption d'un faisceau d'indices précis pour en définir les contours. D'autre part, substituer à la distinction initiale entre citoyen de l'Union et ressortissant d'État tiers fondée sur la nationalité une nouvelle distinction fondée sur la résidence légale impliquerait également une nouvelle définition des domaines de compétence de l'Union européenne distinguant la circulation interne et la circulation externe. Le droit de la citoyenneté de l'Union devrait ainsi régir la situation de tout ressortissant, résidant légalement sur le territoire de l'Union, quelque soit sa nationalité et, le droit de l'immigration devrait régir la situation du ressortissant d'État tiers accédant au territoire de l'Union. Concrètement, devrait être opérée une distinction entre la migration intra-européenne et la migration extra-européenne. Ce clivage nouveau rendrait le droit de l'Union plus cohérent au regard de l'évolution actuelle.

Adopter un critère nouveau fondé spécialement sur le droit de l'Union permettrait ainsi de dissocier les catégories juridiques de personnes des règles nationales régissant la nationalité. Le processus de catégorisation des personnes serait autonomisé et propre à l'ordre juridique de l'Union. Il est vrai que le critère de la résidence légale aurait pour avantage d'être déterminé par l'Union européenne. Toutefois, à l'instar des droits de la nationalité qui se durcissent justement pour limiter l'accès à la catégorie de citoyen de l'Union³²⁶, le choix du critère de la résidence légale aboutirait sans doute à une restriction des législations nationales relatives aux étrangers résidant légalement sur le territoire des États membres.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

Quoiqu'il en soit, les évolutions favorisant l'inclusion progressive des ressortissants des États tiers dans le champ d'application de la citoyenneté de l'Union militent en faveur d'un affranchissement progressif de la catégorisation européenne des personnes du critère de la nationalité étatique. En ce sens, F. MARTUCCI en déduit que « la –citoyenneté européenne du ressortissant de pays tiers» ne serait pas un oxymore »³²⁷. Se dessine, en effet, une citoyenneté de résidence ouverte aux ressortissants d'État tiers. Toutefois, D. NAZET ALLOUCHE relève que ce critère de la résidence ne pourrait être exclusif et devrait s'ajouter à celui de la nationalité. En effet, il serait difficilement concevable « de priver les ressortissants des États membres du droit à la libre circulation, par exemple, au motif qu'ils ne résident pas dans l'Union européenne »³²⁸.

J.-Y. CARLIER propose également une voie médiane, en attachant la citoyenneté de l'Union non plus à la nationalité d'un État membre mais à la citoyenneté nationale. Serait alors citoyen de l'Union tout citoyen d'un État membre³²⁹. Cependant, ce sont les États membres qui déterminent qui sont leurs citoyens et, sont libres d'y inclure ou non les ressortissants d'État tiers. Si cette proposition est séduisante, elle consacre également un accès inégal à la citoyenneté de l'Union puisqu'elle laisse les États membres libres d'en déterminer les bénéficiaires³³⁰. Si une citoyenneté de l'Union «ouverte» à ces ressortissants d'États tiers est ainsi défendue dans la doctrine, pour l'heure, il subsiste une « une citoyenneté à double vitesse »³³¹ fondée sur la pluralité des nationalités des États membres.

La distinction entre le citoyen de l'Union et le ressortissant de pays tiers est calquée sur les droits nationaux puisqu'elle est fondée sur le critère de la nationalité. Cependant, il n'est pas un critère toujours suffisant et exclusif d'exercice des droits de la citoyenneté de

³²⁷ F. MARTUCCI, « La directive –retour» : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *RTDE*, vol. 45, n°1, 2009, pp.47 et s.

³²⁸ D. NAZET-ALLOUCHE, « Quelle citoyenneté pour les ressortissants des pays tiers dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p.197.

³²⁹ J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2007.

³³⁰ D. NAZET ALLOUCHE, « Quelle citoyenneté pour les ressortissants des pays tiers dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p.198.

³³¹ *Ibid.*

l'Union. D'une part, pour bénéficier des principaux droits de citoyenneté de l'Union, le national d'un État membre doit résider dans un autre État membre. D'autre part, les différences entre les droits des citoyens de l'Union et, ceux de certains ressortissants d'État tiers, s'estompent. La fonction de la nationalité devient progressivement propre à l'ordre juridique de l'Union et participe à l'autonomisation du processus de catégorisation des personnes avec l'idée de statuts proprement européens qui transcenderaient à terme le critère national de distinction. Cette hypothèse est d'autant plus valable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'encadrement de la compétence des États

CHAPITRE 2

L'ÉMERGENCE EUROPÉENNE D'UN DROIT DE LA NATIONALITÉ

La catégorisation européenne des personnes, citoyens de l'Union et ressortissants de pays tiers, est identique à la distinction entre le national et l'étranger qui prime dans les États. Elle se fonde sur le même critère. Critère de la définition des catégories de personnes dans l'ordre juridique de l'Union, la nationalité produit les mêmes effets que dans l'ordre juridique interne. Cependant, il n'existe pas une «nationalité européenne» qui serait déterminée par l'Union indépendamment des États. Plus qu'une reproduction du modèle national, le droit de l'Union emprunte un critère qu'il ne maîtrise pas. Chaque État membre détermine souverainement selon son propre droit de la nationalité qui sont les citoyens et les étrangers dans l'ordre juridique de l'Union sans que les institutions de l'Union ne puissent avoir voix au chapitre.

Nul ne peut ainsi contester que la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre et, est de fait catégorisée comme citoyen de l'Union ou non, est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné, dont le titre de compétence est préservé dans l'ordre juridique de l'Union (Section 1). Cependant, l'État membre doit désormais prendre en compte un nouveau lien d'appartenance qu'est la citoyenneté de l'Union. Partant, il ne peut plus appréhender le ressortissant d'un autre État membre comme possédant une nationalité étrangère, mais une «nationalité européenne», entendue comme la nationalité d'un autre État membre, lui conférant le statut de citoyen de l'Union. La Cour de justice a ainsi été amenée à définir certaines règles en matière de nationalité pour ne pas priver le citoyen de l'Union des droits que lui confère ce statut dans l'État membre (Section 2).

SECTION 1. LA CONFIRMATION EUROPÉENNE DU TITRE DE COMPÉTENCE ÉTATIQUE

Parce que les définitions étatiques de la nationalité sont très diverses, il aurait été impossible pour l'Union européenne d'en fixer une définition commune. Pour preuve, toutes les propositions d'élaboration d'un code européen de la nationalité se sont heurtées à l'hostilité des États membres³³². Cela tient principalement au fait qu'« abandonner le traitement de leurs nationaux à un critère leur échappant entièrement aurait été pour les États une abdication de leur souveraineté qu'ils n'étaient pas prêt à accepter »³³³. Ceci permet de comprendre pourquoi les définitions du citoyen et de l'étranger dans l'Union européenne renvoient directement aux droits nationaux. Plus qu'une reproduction des schémas juridiques internes, le critère de ces définitions européennes, à savoir la nationalité, est dicté par les États membres. C'est la faiblesse des catégories juridiques européennes de personnes. Elles ne sont pas autonomes dès lors qu'elles sont entièrement fondées sur les conceptions nationales divergentes de la nationalité. Cet emprunt aux droits nationaux permet ainsi aux États de garder la maîtrise des catégories européennes de personnes puisque le lien de rattachement à la catégorie du ressortissant d'État membre ou du ressortissant de pays tiers transite par les définitions nationales.

Sur le fondement de la nationalité, l'État membre définit ainsi ses nationaux et ses étrangers mais également les ressortissants de l'ordre juridique de l'Union. Incidemment, l'État membre détient une double compétence d'attribution de la nationalité. Partant, l'accès aux catégories européennes de personnes reste « dans la dépendance de la nationalité étatique »³³⁴. Si les concepts de citoyen de l'Union et de ressortissant d'État tiers

³³² Voir notamment, A. GRIOTTERAY, « Pour un code européen de la nationalité », *Le Figaro*, 24/01/87 ; J.-M. LE CHEVALLIER, Proposition de résolution déposée au nom du groupe DR sur l'harmonisation des codes de la nationalité des États membres de la Communauté, DOC. B2-31/87, PE 112.582, 9 mars 1987, p.1.

³³³ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, *op. cit.*, p.153. Voir également, A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Défrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2008, pp.60-61 ; U. BERNITZ et H. LOKRANTZ BERNITZ, « Les droits de l'homme et l'identité européenne : le débat relatif à la citoyenneté européenne », *op. cit.*, p.526.

³³⁴ E. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *RTDE*, 2010, pp.617 et s.

appartiennent en propre au droit de l'Union, l'accès à ces catégories ne peut se faire que par le truchement de la nationalité d'un État membre. En somme, « le véhicule » de ces catégories demeure « à la remorque de celui formé par la nationalité d'un État membre »³³⁵. Cette double compétence étatique d'attribution de la nationalité, à des « fins internes » (Paragraphe 1) et à des « fins européennes »³³⁶ (Paragraphe 2) restant hors de la portée du droit de l'Union, la diversité des modes d'accès à la nationalité d'un État membre est préservée et rend impossible toute définition autonome des personnes dans l'ordre juridique de l'Union.

Paragraphe 1. Le titre de compétence en matière de nationalité « à des fins internes »

G. MOREAU relève que « ce qui distingue le national de l'étranger est sans doute la dernière chose à laquelle on touchera quand on tentera de rapprocher des droits souverains : autant dire que, par définition, les États ont un mal considérable à aborder de tels problèmes »³³⁷. Ce qui explique en quoi la nationalité, prérogative juridique souveraine des États, demeure un de leurs domaines de compétence exclusive. Ce principe n'a rien de novateur puisqu'il s'agit de la logique de la compétence reconnue en droit international général (A). L'autorité de ce principe conduit ainsi à le trouver inchangé dans l'ordre juridique de l'Union lorsque cette compétence est exercée « à des fins internes » (B).

A. La consécration par le droit international général de la compétence étatique d'attribution de la nationalité « à des fins internes »

Il est possible d'affirmer, à l'instar de la doctrine en droit international, que le principe

³³⁵ J. HEYMANN, « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann) », *Europe*, juin 2010, p.8.

³³⁶ Expressions empruntées à S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, *op. cit.*, p.33 et qui seront reprises par la suite.

³³⁷ G. MOREAU, « Avant Maastricht, les discussions actuelles sur les problèmes de nationalité en Europe », in *Droit et politique en France : Colloque de Nantes*, Edisud, 1993, p.179.

de détermination souveraine de la nationalité par les États est fermement établi et non contesté³³⁸. Selon A. MAKAROV, « on trouve rarement dans la science juridique une unanimité comme celle qui règne quant à la question de savoir le droit qui doit être appliqué pour déterminer la nationalité d'une personne »³³⁹. Il s'agit d'une règle relative à la souveraineté des États qui signifie qu'ils ont un monopole normatif concernant les conditions dans lesquelles les personnes se rattachent à eux.

Énoncé par de nombreux organes arbitraux ou de conciliation³⁴⁰, ce principe d'origine coutumière fut affirmé dans un traité multilatéral, la Convention concernant la nationalité, signé à Rome le 6 avril 1922³⁴¹ qui ne lia que l'Italie, l'Autriche et la Pologne. Son article 1^{er} disposait ainsi que : « Les modes d'acquisition ou de perte de la nationalité d'un État sont réglés par la loi de chaque État ». En 1923, ce principe de compétence exclusive a été consacré par la Cour Permanente de Justice Internationale dans un avis consultatif rendu le 7 février à propos de la réglementation de la nationalité en Tunisie et dans la zone française³⁴². Elle devait décider si le différend portait « sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de la France »³⁴³. La Cour a énoncé clairement que les questions de détermination de la nationalité font, en principe, partie du domaine réservé des États. Plus précisément, elle a soutenu que « les mots –compétence exclusive» semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un État, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque État est seul maître de ses décisions. La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement

³³⁸ Voir J. MAURY, « V^o Nationalité (théorie générale et droit français) », in A. de LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET (dir.), *Rép. Droit international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p.239 ; P. LAGARDE, V^o Nationalité, *Rép. Dalloz Droit international*, 1998, spéc. n^o26.

³³⁹ A. MAKAROV, « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, Vol. 74, 1949, p.319.

³⁴⁰ V. COUSSIRAT-COUSTERE et P. M. EISEMANN, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, t. I : 1794-1918, pp.147 et s., n^o1119 et s. ; t. II : 1919-1945, pp.175 et s., n^o2152 et s. ; t. III, vol.1 : 1946-1988, pp.555 et s., n^o3329 et s., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

³⁴¹ Texte reproduit dans M. O. HUDSON et R. BACON, *International Legislation, Carnegie Endowment for International Law*, 1932, réimpr. Dobbs Ferry (New-York), Oceana Publications, t. II, 1970, n^o72, p.866.

³⁴² CPIJ, Avis consultatif n^o4 du 7 février 1923 relatif au différend entre la France et la Grande-Bretagne au sujet des décrets français sur la nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, Recueil des avis consultatifs CPIJ, série B, n^o4, p.7. Voir à ce sujet, A. DE LAPRADELLE, « Les décrets du 8 novembre 1921 sur la nationalité d'origine en Tunisie et au Maroc (zone française) devant la Cour permanente de Justice internationale », *RDIP*, vol. 19, 1923, pp.1 et s.

³⁴³ *Ibid*, p.22.

relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé »³⁴⁴. La Cour Internationale de Justice a également confirmé que chaque État est libre de régler l'attribution de sa nationalité conformément à sa législation³⁴⁵.

Ce principe a été confirmé dans certaines conventions internationales. Il est ainsi repris dans la première convention multilatérale portant sur les questions de nationalité du 12 avril 1930, adoptée à l'issue de la Conférence de la Haye pour la codification du droit international³⁴⁶, qui dispose en son premier article que : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux (...) ». Selon l'article 2 de la même Convention : « Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un État doit être résolue conformément à la législation de cet État ». Plus récemment, la Convention européenne sur la nationalité, signée à Strasbourg le 6 novembre 1997³⁴⁷ a réitéré, en son article 3, point 1 que : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants ». « La nationalité relève essentiellement des droits internes » rappelle également, en 1999, le projet d'articles adopté par la Commission pour la codification du droit international³⁴⁸.

Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme refuse de s'octroyer une compétence pour déterminer qui sont les nationaux à la place des États. C'est ainsi que dans l'affaire *Slivenko*³⁴⁹, elle confirme également que la nationalité « doit en principe être déterminée d'après le droit interne » et qu'ainsi, en l'espèce, les requérantes n'ayant jamais

³⁴⁴ *Ibid*, pp.23-24.

³⁴⁵ Cour internationale de Justice, 6 avril 1995, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *Recueil* 1955, p.4 et s. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de S. BASTID, « L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de justice », *RCDIP*, 1956, pp.607 et s. ; J. COMBACAU, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité en droit international », in *Droit international et nationalité*. Colloque SFDI de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, p.93.

³⁴⁶ Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité signée à la Haye le 12 novembre 1930, S.d.N., *Recueil des Traités*, t. 179, p.189.

³⁴⁷ Convention européenne sur la nationalité, Conseil de l'Europe, STCE 166, ouverture à la signature le 6 novembre 1997, entrée en vigueur le 1er mars 2000, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/166.htm>

³⁴⁸ Projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, préambule, alinéa 2, *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II (2).

³⁴⁹ Cour EDH, déc., 23 janvier 2002, *Slivenko et autres c/ Lettonie*, n°48321/99.

bénéficié de la nationalité lettone ne pouvaient donc se prévaloir de l'article 3 du Protocole n°4 relatif à la protection des nationaux contre l'expulsion à l'encontre des autorités lettonnes.

Le droit international confère ainsi à l'État la liberté du choix de fixer, par son droit interne, les règles relatives à la nationalité. Dans son ordre juridique, l'État règle comme il l'entend sa nationalité. Cette reconnaissance par le droit international de la compétence des États dans la définition des règles de détermination de la nationalité paraît d'ailleurs « une évidence »³⁵⁰. Selon, A. DIONISI-PEYRUSSE deux raisons peuvent être évoquées. D'une part, le droit national ayant existé avant le droit international, cette « préexistence (...) donne un atout aux États en la matière ». D'autre part, lorsque les effets de la nationalité se manifestent dans l'ordre interne, le droit international ne peut être que logiquement indifférent. Son incursion dans les affaires internes d'un État n'aurait, en effet, pas de sens³⁵¹.

Il découle très logiquement de ce principe qu'un État ne peut intervenir dans la détermination des nationaux d'un autre État. Un État ne peut régler la nationalité d'un autre État³⁵². S'agissant d'une compétence souveraine des États, aucune immixtion de la part d'autres États ne peut être envisagée. Comme le soulève M. VERWILGHEN, « en matière de nationalité comme en bien d'autres, les droits d'un État s'arrêtent devant le domaine réservé des autres États »³⁵³, l'auteur citant à l'appui de cette affirmation le Gouvernement allemand qui au cours des travaux à La Haye avait affirmé que cette compétence exclusive « doit trouver sa limite au point où la législation d'un autre État empiète sur la souveraineté d'un autre »³⁵⁴. Il en ressort que d'une part, un État ne peut décider qu'un individu soit le national d'un autre alors que le droit de ce dernier ne le considère pas comme tel, et inversement. D'autre part, il n'est pas possible de se fonder sur la loi d'un État pour décider qu'une personne possède ou a perdu la nationalité d'un autre État³⁵⁵. La Cour permanente de Justice

³⁵⁰ P. LAGARDE, « Les compétences de l'État en matière d'octroi et de déchéance de la nationalité », in *Droit international et nationalité*, Colloque SFDI de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, p.82.

³⁵¹ A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, *op. cit.*, pp. 60 et s.

³⁵² L'on peut toutefois considérer qu'un État intervient indirectement dans la détermination des nationaux d'un autre État lorsque celui-ci refuse la double nationalité et exige ainsi une preuve que la personne qui acquiert sa nationalité a renoncé à sa nationalité précédente.

³⁵³ M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », in *Recueil des cours. Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 277, 1999, p.130

³⁵⁴ SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion pour la Conférence établies par le Comité préparatoire*, doc. C.75.M.69.1929.V., p.13.

³⁵⁵ M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *op. cit.*, p.130.

internationale a ainsi considéré que « la qualité de ressortissant d'un État ne peut se fonder que sur la loi de cet État »³⁵⁶. Dans le même sens, l'article 2 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 affirme que : « Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un État doit être résolue conformément à la législation de cet État ». Autrement dit, selon A. MAKAVROV, « seules les règles juridiques de l'État de nationalité duquel il s'agit pourront répondre à la question de savoir si la personne considérée possède cette nationalité ou non »³⁵⁷.

Chaque État doit ainsi admettre le droit de la nationalité des autres États. L'article 1^{er}, paragraphe 2 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 dispose en ce sens que : « Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes généraux du droit généralement reconnus en matière de nationalité ». L'article 3, point 2, de la Convention européenne sur la nationalité conclue à Strasbourg le 6 novembre 1997 reprend également ce principe en affirmant que : « Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, le droit international coutumier et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ». Ce principe de la compétence exclusive d'attribution de la nationalité « à des fins internes » est également consacré dans l'ordre juridique de l'Union.

B. La confirmation européenne de la compétence étatique d'attribution de la nationalité « à des fins internes »

Le principe de la compétence étatique d'attribution de la nationalité « à des fins internes » est confirmé dans l'ordre juridique de l'Union. E. MEISSE justifie cette neutralité européenne en relevant qu'« à défaut de tout transfert exprès ou implicite au profit des instances de la Communauté, cette prérogative demeure de l'apanage exclusif des autorités

³⁵⁶ CPJI, avis consultatif du 21 février 1925, sur l'Echange des populations grecques et turques, *Rec.*, série B, n°10, p.19.

³⁵⁷ A. MAKAVROV, « Règles générales du droit de la nationalité », *op. cit.*, p.319.

nationales »³⁵⁸ et pointe ainsi le fait que ni les Traités UE et TFUE ne contiennent une base juridique ouvrant une éventuelle compétence de l'Union en matière de nationalité. En ce sens, une jurisprudence constante confirme que, en l'état actuel du droit de l'Union, « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre »³⁵⁹. En somme, le droit de l'Union n'attribue aucune compétence à l'Union afin d'adopter des normes régissant la nationalité.

Selon l'avocat général POIARES MADURO, cette solution garantit le respect de l'identité nationale de chaque État membre³⁶⁰ si l'on considère que la nationalité est considérée comme l'un des éléments constitutifs de l'identité nationale au sens de l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne³⁶¹. Exclure la compétence des États membres pour réglementer les conditions de nationalité sur leur territoire, c'est-à-dire reconnaître une compétence de l'Union pour harmoniser les critères nationaux d'attribution de la nationalité, « affecterait ainsi dans son essence l'autonomie des États membres en la matière au mépris de l'article 17, paragraphe 1, CE » et « contreviendrait (...) au devoir, imposé à l'Union par l'article 6 par. 3 UE, de respecter l'identité nationale des États membres, dont la composition

³⁵⁸ E. MEISSE, « Le droit de la nationalité à l'épreuve de l'intégration communautaire », in G. DUPRAT (dir.), *Union européenne, droit, politique et démocratie*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1996, p.111.

³⁵⁹ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. 369/90, précité, point 10 ; CJCE, 11 novembre 1999, *Mesbah*, aff. C-179/98, précité, point 29 ; CJCE, 20 février 2001, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur*, en présence de: *Justice*, aff. C-192/99, *Rec.*, p. I-01237 (ci-après «arrêt Kaur»), point 29.

³⁶⁰ Sur la question du respect de l'identité constitutionnelle des États membres, voir notamment, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. Cahiers européens, n°1, 2011; J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne, Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, p.145 ; B. NABLI, « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, op. cit.*, p.154 ; A. LEVADE, « L'identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne, Union de droit, Union des droits, op. cit.*, p.109 ; D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, op. cit.*, p.27.

³⁶¹ « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

de la communauté nationale constitue, à l'évidence, un élément essentiel »³⁶².

Il faut en déduire que les règles relatives à la composition de la communauté nationale s'analysent comme un élément essentiel de l'identité nationale et constitutionnelle des États membres. Selon A. EFTIMIE, la préservation de la compétence étatique pour réglementer les conditions de la nationalité trouve ainsi son fondement dans le devoir de l'Union de respecter l'identité nationale de ses États. L'auteure conclut que cette obligation de l'Union de respecter les éléments constitutifs de l'État va plutôt dans le sens du renforcement de la pluralité des nationalités³⁶³.

Ce respect de la compétence exclusive des États en matière de nationalité « à des fins internes » par le droit de l'Union européenne persiste lorsqu'elle est exercée « à des fins européennes ».

Paragraphe 2. Le titre de compétence en matière de nationalité « à des fins européennes »

La compétence exclusive des États en matière de nationalité n'est pas remise en cause par le droit de l'Union même lorsqu'elle est exercée à des « fins européennes », plus précisément lorsqu'un État membre octroie, sur la base de la nationalité, le statut de citoyen de l'Union à ses nationaux. L'Union européenne n'est pas et n'a pas vocation à être un État. De fait, elle ne peut pas avoir de population. Comme le soulève S. BARBOU DES PLACES, « il lui est à la fois inutile et impossible d'ériger une nationalité ; une compétence communautaire en la matière serait un non sens »³⁶⁴. Les traités ne consacrent donc pas de mode d'accès à la citoyenneté de l'Union qui serait autonome. La catégorisation européenne des personnes est subordonnée à la nationalité étatique (A). Au regard de la diversité des droits de la nationalité dans l'Union européenne, la compétence exclusive des États en matière

³⁶² Conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO présentées le 30 septembre 2009 dans l'affaire CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann contre Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, point 25.

³⁶³ A. EFTIMIE, *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 2012, dactyl., p.769-770.

³⁶⁴ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, op. cit., p.96.

de nationalité « à des fins européennes » pose toutefois la question de l'accès inégal aux catégories européennes de personnes d'un État membre à un autre (B).

A. La consécration européenne de la compétence étatique d'attribution de la nationalité « à des fins européennes »

La consécration d'une citoyenneté de l'Union ne crée pas de compétence au profit de l'Union pour déterminer lesdits citoyens de l'Union. À ce titre, l'article 20 TFUE est sans ambiguïté lorsqu'il affirme que : « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Cet article exclut clairement tout empiètement du droit de l'Union sur la compétence des États en matière d'attribution de nationalité « à des fins européennes ».

De fait, comme l'affirme F. CHALTIEL, « on est à la fois citoyen national et citoyen européen, mais on n'est pas national européen »³⁶⁵. La création d'une citoyenneté de l'Union n'a donc pas abouti à la reconnaissance d'une compétence de l'Union pour sa détermination, celle-ci relevant uniquement des États membres. Dès lors qu'un État reconnaît à un individu la nationalité, il lui reconnaît aussi la qualité de citoyen de l'Union qui doit être reconnue dans tous les autres États membres. En somme, l'attribution de la nationalité à des « fins européennes » relève du seul droit des États membres. Le troisième rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union confirme ce principe en affirmant qu'« il n'y a aucune forme autonome d'acquisition de la citoyenneté de l'Union » et par conséquent « la nationalité d'un État membre est la seule manière d'acquisition de la citoyenneté de l'Union »³⁶⁶.

Il suffit, en particulier, de rappeler la « Déclaration relative à la nationalité d'un État membre »³⁶⁷ annexée au Traité de Maastricht qui précise « que, chaque fois que le traité instituant la Communauté européenne fait référence aux ressortissants des États membres, la

³⁶⁵ F. CHALTIEL, « Qu'est-ce qu'un citoyen européen ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe*, Paris, Dalloz, 2010, p.176.

³⁶⁶ Troisième rapport de la Commission européenne du 7 septembre 2001 sur la citoyenneté de l'Union, COM(2001) 506 final.

³⁶⁷ Déclaration relative à la nationalité d'un État membre, JO C 191 du 29 juillet 1992, p.98.

question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné ». Cela signifie concrètement que chaque État membre a l'entière liberté de déterminer qui doit être considéré par les autres comme ressortissant d'État membre, et *a contrario*, comme étranger à l'Union. Cette déclaration a été confirmée par le Conseil européen d'Edimbourg des 11 et 12 décembre 1992³⁶⁸. Le Danemark entendait faire valoir qu'« aucune disposition du traité sur l'Union européenne n'implique ni prévoit un engagement visant à créer une citoyenneté de l'Union au sens de citoyenneté d'État-Nation ». Cette position danoise a été reprise dans la décision relative à la Déclaration des chefs d'État et de gouvernement qui affirme que « les dispositions de la deuxième partie du traité instituant la Communauté européenne, qui concerne la nationalité (...) ne se substituent en aucune manière à la citoyenneté nationale »³⁶⁹. Partant, l'article 17 TCE (devenu 20 TFUE) précise que « la citoyenneté européenne complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »³⁷⁰.

Dans cette optique, les États ont été invités à « préciser, pour information, quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme leurs ressortissants aux fins poursuivies par la Communauté en déposant une déclaration auprès de la présidence ». La Conférence reconnaissait ainsi la pratique suivie par l'Allemagne³⁷¹ et le Royaume-Uni qui avaient utilisé, déjà avant la signature du Traité de Maastricht, la procédure de la déclaration afin de préciser le champ d'application personnel des règles communautaires³⁷².

Après l'entrée en vigueur du *British Nationality Act* de 1981, le Royaume-Uni a ainsi précisé ce qu'il entendait par ressortissant communautaire : les citoyens britanniques, les personnes qui sont des sujets britanniques en vertu de la quatrième partie de la loi de 1981 sur la nationalité britannique et, qui possèdent le droit de résidence au Royaume-Uni et sont de ce fait dispensés de contrôle d'immigration du Royaume-Uni et, les citoyens des territoires dépendants britanniques acquérant leur nationalité du fait d'un lien avec Gibraltar. Cette

³⁶⁸ Conseil européen d'Edimbourg, Conclusions de la Présidence, déclarations unilatérales du Danemark, Bull. CE, 12-1992, partie B, Annexe 3, p.28.

³⁶⁹ Décision concernant certaines problèmes soulevés par le Danemark à propos du Traité de Maastricht, JO C 348 du 31 décembre 1992, p.1.

³⁷⁰ L'article 20 TFUE ne fait plus mention de « complète » mais de « s'ajoute ».

³⁷¹ *Recueil des traités*, OPOCE, Luxembourg, 1978, p.574.

³⁷² JO L 73 du 27 mars 1972, p.196 ; JO C 23 du 28 janvier 1983, p.1.

déclaration a eu pour effet de réduire le nombre des citoyens britanniques considérés comme ressortissants d'un État membre par rapport au nombre des citoyens britanniques entendus au sens du *British Nationality Act* de 1981³⁷³. Selon l'hypothèse de A. EVANS, « le Royaume-Uni s'est senti obligé de tenir compte des besoins spécifiques de la Communauté en formulant une définition de ses nationaux pour des questions de droit communautaire »³⁷⁴.

La République Fédérale d'Allemagne a également précisé quels étaient ses ressortissants pour l'application du droit communautaire, pour la première fois lors de la signature des Traités CEE et Euratom, puis lors des traités d'adhésion de 1979 et 1985. Elle déclare en 1985 lors du traité d'adhésion de l'Espagne et du Portugal : « lorsqu'il est question dans l'acte d'adhésion et ses annexes de ressortissants des États membres, ces termes visent, en ce qui concerne la République Fédérale d'Allemagne, les allemands au sens de la loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne »³⁷⁵. Cette déclaration se réfère implicitement à l'article 116 de la Grundgesetz qui définit les nationaux allemands³⁷⁶. Elle a ainsi permis, lors de la réunification des deux Allemagnes de 1990, d'élargir le cercle des bénéficiaires allemands du droit communautaire de quelques 16 à 20 millions. Les autres États membres n'ont d'ailleurs pas dit un mot à ce propos³⁷⁷.

Lorsqu'est en cause la champ d'application personnel du droit de l'Union, la Cour de justice doit par conséquent prendre en compte les déclarations des États pour déterminer qui sont les citoyens de l'Union. La Cour de justice a affirmé clairement la compétence exclusive des États dans la détermination des personnes ayant la qualité de citoyens de l'Union dans l'arrêt *Kaur*³⁷⁸ portant explicitement sur l'interprétation des dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union. Elle a confirmé la compétence exclusive des États membres, en

³⁷³ A. EVANS, « Nationality law and European Integration », *European Law Review*, 1991, vol. 16, p.190.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ JO L 302 du 15 novembre 1985, p.484.

³⁷⁶ « 1. Sauf réglementation législative contraire, est Allemand au sens de la présente Loi fondamentale quiconque possède la nationalité allemande ou a été admis sur le territoire du Reich allemand tel qu'il existait au 31 décembre 1937, en qualité de réfugié ou d'expulsé d'appartenance ethnique allemande, ou de conjoint ou descendant de ces derniers. 2. Les anciens citoyens allemands déchus de leur nationalité entre le 30 janvier 1933 et le 8 mai 1945 pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, et leurs descendants doivent être réintégrés sur demande dans leur nationalité. Ils sont considérés comme n'ayant pas été déchus de leur nationalité s'ils ont fixé leur domicile en Allemagne après le 8 mai 1945 et s'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire ».

³⁷⁷ J.-P. JACQUÉ, « L'unification de l'Allemagne et la Communauté européenne », *RGDIP*, 1990, p.1000.

³⁷⁸ CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, aff. C-192/99, précité.

reconnaissant aux déclarations unilatérales relatives à la nationalité la valeur d'instruments d'interprétation des traités en vue de déterminer le champ d'application personnel de ceux-ci³⁷⁹ et conclut que, pour déterminer si une personne a la qualité de ressortissant du Royaume-Uni au sens du droit de l'Union, il convient de se référer à la déclaration britannique relative à la nationalité annexée au traité³⁸⁰. La Cour a ainsi opéré un renvoi aux droits nationaux quant à la détermination de la qualité de citoyen de l'Union. Les dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union ne sont pas ainsi de nature à remettre en cause la distinction établie par le Royaume-Uni dans sa déclaration relative à la nationalité, entre les ressortissants britanniques au sens du droit interne et au sens du droit de l'Union. En l'espèce, Madame Kaur disposait du statut de *British overseas citizen*. Il s'agit d'une catégorie britannique de citoyens qui ne disposent pas du droit d'entrée et de séjour au Royaume-Uni et qui, selon la déclaration annexée au traité d'adhésion du Royaume-Uni à la CEE, ne sont pas considérés comme des ressortissants britanniques au sens du droit de l'Union. Elle ne pouvait donc pas invoquer une violation du droit de l'Union par la législation britannique.

En apparence, donc, le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence exclusive des États en matière d'attribution de la nationalité « à des fins européennes ». L'Union européenne n'a pas de compétence pour se prononcer sur la question de savoir qui sont les citoyens et les étrangers dans son ordre juridique. La répartition des compétences est, selon E. PATAUT, clairement établie : « au droit de chaque État de déterminer ses propres nationaux ; au droit de l'Union le soin d'en tirer des conséquences quant à la citoyenneté de l'Union »³⁸¹. Ce renvoi à la nationalité des États membres illustre ainsi les ambiguïtés du processus européen de catégorisation des personnes envisagée dans un cadre interétatique.

Les États membres conservent en l'état actuel du droit de l'Union la compétence de définir de manière autonome qui sont les citoyens, et incidemment ceux qui sont les étrangers dans l'ordre juridique de l'Union. Il était pourtant possible d'imaginer que ce soit l'Union européenne elle-même qui attribue ou retire la condition de citoyenneté de l'Union indépendamment des États membres. Mais, il n'en est rien. L'Union européenne n'est pas maître de cette institution et, un État membre peut ainsi très bien décider d'octroyer la

³⁷⁹ Point 24 de l'arrêt *Kaur*, aff. C-192/99, précité.

³⁸⁰ Point 27 de l'arrêt *Kaur*, aff. C-192/99, précité.

³⁸¹ E. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union et nationalité étatique », *op. cit.*, p.621.

nationalité à certaines personnes et, par conséquent la citoyenneté de l'Union, ce qui soulève toutefois la question de la responsabilité collective des États dans l'octroi de la nationalité « à des fins européennes ».

B. Les problèmes soulevés par des catégories européennes dictées par les États membres

Subordonnées aux législations nationales relatives à la nationalité, l'accès à la citoyenneté de l'Union est à géométrie variable. La diversité des modes nationaux d'accès à la nationalité crée de fait des inégalités « irréductibles »³⁸² dans l'accès à ce statut. La compétence exclusive des États dans la détermination des personnes ayant la qualité ou non de citoyen de l'Union pose ainsi la question de savoir si les États membres peuvent se faire « confiance » dans l'élaboration des dispositions relatives à leur nationalité³⁸³. Cette question peut surprendre. Toutefois, elle se justifie dès lors que la citoyenneté de l'Union attribuée par un État membre confère des droits et libertés dans tous les autres États membres de l'Union.

Certes, l'on perçoit actuellement une tendance commune à la convergence des droits de la nationalité dans le but avoué ou non d'en limiter l'accès aux étrangers³⁸⁴. Cependant, certains États membres facilitent l'accès à la nationalité³⁸⁵. P. BLACHER explique ainsi que « le droit de la nationalité varie en fonction des États. Il est ainsi plus facile d'acquérir la nationalité néerlandaise que la nationalité allemande. Ce qui implique concrètement que la citoyenneté européenne sera plus facilement accordée à un Turc résidant à Amsterdam qu'à un Turc résidant à Berlin dans la mesure où l'acquisition de la nationalité d'un État membre de l'Union entraîne automatiquement l'acquisition de la citoyenneté européenne ».

De fait, cette diversité peut inciter des ressortissants de pays tiers à choisir la législation nationale la plus favorable pour une demande de naturalisation. Or, un État qui

³⁸² M. BENLOLO-CARABOT, Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne, *op. cit.*, p.306.

³⁸³ C.-L. CLOSSET, *Traité de la nationalité en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2004, p.11.

³⁸⁴ V. *infra*, Partie II, Titre 1, Chapitre 2.

³⁸⁵ P. BLACHER, « Les aspects juridiques de la citoyenneté européenne », in L. PFANDER-MENY et J.-G. LEBEAU (dir.), *Vers une citoyenneté européenne*, CRDP de l'Académie de Dijon, 2000, p.88.

accorde la naturalisation à un ressortissant de pays tiers lui octroie dans le même temps le statut de citoyen de l'Union. La décision de Malte en novembre 2013 d'accorder à 1800 personnes le passeport maltais sans contrepartie, notamment l'obligation de résidence, que le versement de 650 000 euros a ainsi relancé le débat sur un critère définitionnel des citoyens de l'Union dicté par les États membres³⁸⁶.

Le candidat à la nationalité maltaise devait également acquérir une propriété de plus de 350 000 euros ou louer une résidence pour 16 000 euros pendant cinq ans et s'acquitter de 150 000 euros d'investissement dans un instrument financier approuvé par le gouvernement de La Valette. Il pouvait ensuite obtenir un passeport pour sa famille contre 25 000 euros pour ses enfants mineurs et 50 000 euros pour les majeurs, l'époux (se), les parents et beaux-parents. L'objectif de Malte était d'attirer les riches investisseurs ressortissants de pays tiers sur son territoire afin de relancer l'économie nationale et de soutenir la démographie. Aucune condition de résidence sur le territoire national n'était imposée aux nouveaux arrivants ressortissants de pays tiers. Devenant ressortissants d'un État membre de l'Union et de l'espace Schengen, ils étaient libres de se déplacer sur le territoire des autres États membres. Sous certains critères, ils pouvaient même obtenir un droit de séjour dans un autre État membre. En effet, il suffit de prouver qu'ils ont les ressources nécessaires et une assurance maladie³⁸⁷. Cet État membre a depuis accepté de revenir sur son dispositif, en partie. Il est désormais obligatoire de résider la majeure partie de l'année sur l'île et de démontrer un lien de proximité réel avec cet État.

Malte n'est cependant pas un cas à part. Plusieurs États membres facilitent l'obtention de visas pour redresser l'économie nationale. Les conditions initiales varient peu d'un États membre à l'autre. Elles favorisent toute la venue de riches ressortissants de pays tiers. La Lettonie a été l'un des premiers États à avoir consacré ce type de dispositions. La condition *sine qua non* pour obtenir un permis de séjour de cinq ans qui peut devenir permanent est de posséder un bien immobilier sur le sol letton d'une valeur minimale de 100 000 euros dans la

³⁸⁶ R. MEDHI, « Les programmes nationaux de vente de passeports : la citoyenneté européenne à l'encan ? », <http://www.gdr-elsj.eu/2014/01/27/elsj/les-programmes-nationaux-de-vente-de-passeports-la-citoyennete-europeenne-a-lencan/>

³⁸⁷ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, précitée.

capitale, et la moitié moins en province. Ils peuvent ainsi *in fine* obtenir un permis de séjour de cinq ans, qui peut ensuite devenir permanent. L'Espagne, Chypre, le Portugal font également parties de ces États octroient des permis de séjour contre investissement immobilier ou rachat de la dette publique³⁸⁸. Ces législations nationales facilitant l'obtention de visas pour les riches ressortissants de pays tiers dans ces États membres leur ouvrent « la voie à une naturalisations rapide »³⁸⁹. De fait, les États membres se livrent à une « dévaluation civique compétitive (...) préoccupante »³⁹⁰.

Partant, l'on peut se poser la question de la matérialisation de la citoyenneté de l'Union. Ces différentes démarches nationales consistant à « vendre »³⁹¹ la citoyenneté de l'Union, selon le terme employé par le Parlement européen, a conduit très logiquement à une réaction de la part de cette institution de l'Union qui, dans une résolution du 16 janvier 2014, demande aux États membre de réagir de manière responsable quant à leurs régimes de nationalité. Elle vise plus précisément ceux qui accordent directement ou indirectement, par la vente, la citoyenneté de l'Union à des ressortissants de pays tiers. En effet, par leurs agissements, ces États membres compromettent particulièrement la coopération loyale inscrite à l'article 4, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne. Accorder leur nationalité à ces ressortissants de pays tiers conduit automatiquement à l'acquisition de la citoyenneté de l'Union et, par conséquent, des droits dans tous les États membres de l'Union. L'octroi de la nationalité d'un État membre a ainsi des effets transnationaux, plus précisément des « effets européens ». Elle est opposable à l'ensemble des États membres, et ce, même si elle n'est pas effective³⁹². Ces États membres ne s'affranchissent-ils pas de leurs devoirs inhérents à la qualité d'État membre de l'Union dès lors qu'ils contreviennent au principe de coopération loyale, et par conséquent à la solidarité européenne ? Et, si un État membre décidait d'octroyer sa nationalité à l'ensemble des ressortissants de pays tiers, sans distinction aucune, se trouvant sur son territoire ? En disposant que les États « s'abstiennent de toute mesure

³⁸⁸ D. SPIEGEL et C. HECKING, « Le marché juteux des visas Schengen », *Courrier international*, 30 octobre 2013.

³⁸⁹ R. MEDHI, « Les programmes nationaux de vente de passeports : la citoyenneté européenne à l'encan ? », *op. cit.*

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Résolution du Parlement européen sur la citoyenneté de l'Union européenne à vendre du 16 janvier 2014, 2013/2995 (RSP).

³⁹² Voir, *infra*, Section 2.

susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité »³⁹³, le droit de l'Union ne pose-t-il pas une limite d'ordre général à l'exercice des compétences étatiques en l'absence d'obligations communautaires précises³⁹⁴ ?

L'on doit admettre, qu'au regard des développements précédents, il n'existe aucune solution juridique permettant de contester ces politiques nationales. Envisager une harmonisation des droits de la nationalité n'est pas, au stade actuel de l'intégration européenne, concevable³⁹⁵. L'on pourrait toutefois envisager que les institutions de l'Union créent un cadre européen sur l'octroi par les États de la nationalité « à des fins européennes » en ajoutant une condition supplémentaire de résidence normale afin de rendre effectif ce lien de rattachement à la citoyenneté de l'Union. Cette hypothèse est d'ailleurs celle qui correspond le mieux à l'évolution actuelle tendant à rapprocher la situation des résidents ressortissants de pays tiers de celle des citoyens de l'Union³⁹⁶. Mais, il faudrait s'entendre sur une définition uniforme du terme «résidence normale» qui ne fait pas l'objet d'une définition générale, précise et autonome dans les traités³⁹⁷ et la jurisprudence de la Cour de justice. Aussi, il est peu probable qu'une telle orientation se dessine, la Cour de justice refusant, en effet, de consacrer l'effectivité de la nationalité d'un État membre comme condition supplémentaire d'exercice des droits et libertés associés au statut de citoyen de l'Union³⁹⁸.

Ces différents éléments conduisent à affirmer que la catégorisation européenne des personnes s'exerce de façon unilatérale. En effet, le droit de l'Union n'impose pas aux États membres d'exigences relatives à l'octroi de la nationalité « à des fins européennes ». Les États conservent « la compétence de définir de manière autonome, –à l'entrée», qui sont les citoyens de l'Union »³⁹⁹. Toutefois, les États ne doivent plus appréhender le ressortissant d'un

³⁹³ Article 4, paragraphe 3, TUE.

³⁹⁴ V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS et R. KOVAR (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p.110. Pour une analyse approfondie de cette disposition, M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 1994.

³⁹⁵ A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments de statut de citoyen de l'Union*, op. cit., p.26.

³⁹⁶ Voir, *supra*, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2.

³⁹⁷ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté de l'Union*, op. cit., pp.329-344.

³⁹⁸ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, précité. Voir, *infra*, Section 2.

³⁹⁹ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union européenne : différences de traitement et protection », op.

autre État membre comme possédant une nationalité étrangère mais la nationalité d'un autre État membre. Cette nouvelle approche de la nationalité aboutit à un encadrement de l'exercice de la compétence de l'État, ce dernier devant faire primer la "nationalité européenne" du ressortissant d'un autre État membre se trouvant sur son territoire sur toute autre nationalité, celle dudit État ou étrangère.

SECTION 2. LES LIMITES EUROPÉENNES À L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE ÉTATIQUE EN MATIÈRE NATIONALITÉ

La nationalité est de plus en plus soumise à l'emprise du droit international, ce qui fait dire à M.-P. LANFRANCHI que « la nationalité n'est pas, et n'a du reste jamais été, ce sanctuaire de la souveraineté longtemps et assez communément décrit par la doctrine et revendiqué comme tel par les États »⁴⁰⁰. Pourtant, en présence d'une compétence étatique réservée, l'emprise européenne est en principe impossible. En effet, dès lors qu'aucune compétence en matière de nationalité n'a été attribuée à l'Union, aucune incursion de sa part ne peut être juridiquement envisagée. Cependant, la Cour de justice va tenir le raisonnement selon lequel « l'admission d'une compétence retenue dans ce domaine n'exclut pas des sujétions communautaires fondées sur le constat d'une incidence néfaste de la réglementation nationale sur l'exercice d'une liberté reconnue au ressortissant communautaire »⁴⁰¹. En d'autres termes, les modalités d'exercice de la compétence exclusive en matière de nationalité ne doivent pas entraver le principe de libre circulation des personnes. La Cour a, dès 1992, consacré dans l'arrêt *Micheletti* cette réserve relative à la compétence des États en matière de nationalité, en indiquant que dès lors qu'une situation entre dans le champ d'application du droit de l'Union, cette compétence « doit être exercée dans le respect du droit communautaire »⁴⁰². Mais, cette réserve ne signifie pas la reconnaissance d'une compétence de l'Union dans le domaine de la nationalité. Le droit de l'Union influe sur l'exercice de la compétence étatique mais pas sur la compétence elle-même. Ce raisonnement jurisprudentiel n'est pas novateur en droit de l'Union, elle est même classique⁴⁰³. Le droit de l'Union exerce

⁴⁰⁰ M.-P. LANFRANCHI, « Les notions de nationalité et citoyenneté interrogées par le droit international public », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.43.

⁴⁰¹ V. MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *op. cit.*, p.22

⁴⁰² CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti* aff. C-369/90, précité, point 10 ; CJCE, 11 novembre 1999, *Mesbah*, aff. C-179/98, précité, point 29 ; CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, aff. C-192/99, précité, point 19 ; CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, précité, point 37 ; CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, précité, point 39.

⁴⁰³ Cette solution a par exemple été appliquée dans le domaine pénale et de la procédure pénale (CJUE, 24

une telle influence dans des domaines très divers⁴⁰⁴ relevant de la compétence exclusive des États membres. Il faut ainsi distinguer entre la compétence de l'Union et le champ d'application du droit de l'Union. Le droit de l'Union peut être applicable à des matières, qui par leur nature, relèvent de la compétence exclusive des États membres, lorsque que la mise en œuvre de cette compétence conduit à une violation du droit de l'Union. Finalement, si le titre de compétence en matière de nationalité demeure exclusivement national, l'exercice de celle-ci «à des fins européennes» est encadré par le droit de l'Union.

Certes, les États dictent les définitions du citoyen de l'Union et du ressortissant de pays tiers. Cependant, dans l'État, le ressortissant d'un autre État membre et celui dudit État qui possèdent également la nationalité d'un autre État membre, ne doivent plus être considérés comme possédant une nationalité étrangère. Cette nouvelle approche de la nationalité modifie profondément la question de la résolution des conflits de nationalités dans les États. En effet, un mouvement jurisprudentiel prouve que la Cour de justice « entend faire prévaloir le point de vue européen sur le point de vue national »⁴⁰⁵ concernant la résolution de ces conflits de nationalités. Se profile ainsi un droit de la nationalité de l'Union, voire un droit à sa «nationalité européenne» (Paragraphe 1). Si cette jurisprudence se justifie par la spécificité de l'ordre juridique de l'Union, elle demeure contestable au regard des conséquences contradictoires auxquelles elle aboutit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les limites à l'exercice de la compétence étatique en matière de nationalité « à des fins européennes »

La Cour de justice ne s'immisce pas dans un domaine qui relève de la compétence des

novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, précité, point 17), de la fiscalité directe (CJUE, 13 décembre 2005, *Marks and Spencer*, aff. C-446/03, *Rec.*, p. I-10837, point 29), ou encore des pensions pour victimes civiles de guerre (CJUE, *Tas Hagen et Tas*, aff. C-192/05, *Rec.* p. I-10451, points 21 et 22).

⁴⁰⁴ Sur cet aspect, K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué. Chemins d'Europe*, Paris, Dalloz, 2010, p.421.

⁴⁰⁵ E. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *op. cit.*, p.626.

États membres au moment de la « création de la situation »⁴⁰⁶, c'est-à-dire au moment de l'attribution de la nationalité. Cependant, si le titre de compétence en matière de nationalité demeure exclusivement national, l'exercice de celui-ci « à des fins européennes » doit respecter certaines exigences posées par le droit de l'Union. Dès lors que la nationalité a des effets juridiques européens, le juge de l'Union exerce un contrôle de conformité au droit de l'Union sur le terrain de l'« efficacité de la situation »⁴⁰⁷.

D'une part, la Cour contrôle les « effets européens » de l'attribution de la nationalité par un État. Et, c'est dans le cadre de la résolution des conflits de nationalités que la Cour a développé un régime jurisprudentiel spécifique ayant pour objectif de reconnaître les « effets européens » attachés à la possession de la nationalité d'un État membre. Plus précisément, la Cour dicte le choix à faire pour les États membres lorsque l'une des deux nationalités a des « effets européens », c'est-à-dire lorsqu'elle ouvre des droits liés au statut de citoyen de l'Union. Parce que le champ d'application personnel du droit de l'Union ne doit pas « varier d'un État membre à un autre »⁴⁰⁸, le droit de l'Union limite la souveraineté des États membres en matière de nationalité. D'autre part, l'efficacité du statut de citoyen de l'Union est également en jeu lorsque l'on retire la nationalité à un ressortissant d'un État membre. La Cour, sous certaines conditions, s'estime ainsi compétente pour contrôler les « effets européens » de la perte de la nationalité qui entraîne de fait la perte du statut de citoyen de l'Union. Dans ces deux hypothèses, selon G. DE LA PRADELLE, « dans la mesure où elle accroît, face au pouvoir d'État, les droits de la personne - prise en tant qu'européenne plutôt que (nationale) - la citoyenneté de l'Union justifie un encadrement inédit de la souveraineté de l'État en matière de nationalité »⁴⁰⁹. Un double mouvement jurisprudentiel relatif aux « effets européens » de l'attribution (A) et de la perte (B) de la nationalité d'un État membre, aboutit ainsi à un encadrement de l'exercice de la compétence des États.

⁴⁰⁶ P. LAGARDE, « Note », *RCDIP*, 2004, pp.192 et s.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ Point 10 de l'arrêt *Micheletti*, aff. C-369/90, précité.

⁴⁰⁹ G. DE LA PRADELLE, « Incidences du droit de l'Union sur la nationalité dans les États membres », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p.176.

A. Les « effets européens » de l'attribution de la nationalité d'un État membre

Du point de vue de l'État, le ressortissant d'un autre État membre n'est plus considéré comme possédant une nationalité étrangère mais une «nationalité européenne», c'est-dire la nationalité d'un autre État, qui ouvre des droits attachés au statut de citoyen de l'Union. La Cour de justice a ainsi été confrontée à la question de savoir comment concilier cette «nationalité européenne» avec le droit international privé des États membres, dans le cadre de la résolution de conflits entre deux nationalités étrangères (1) et entre la nationalité du for et la nationalité étrangère (2).

1. L'encadrement de l'exercice de la compétence étatique dans l'hypothèse d'une double nationalité État membre/ État tiers

En présence d'un ressortissant possédant à la fois la nationalité d'un État membre et celle d'un État tiers, l'État membre d'accueil doit retenir la nationalité de l'État membre, et ce même si l'autre est considéré comme la plus effective. Dans cette situation de plurinationalité, la personne ne doit pas être considérée dans l'État membre d'accueil comme possédant deux nationalités étrangères mais une nationalité étrangère et une «nationalité européenne».

Cette nouvelle distinction a été consacrée par la Cour de justice dans l'arrêt *Micheletti*⁴¹⁰ à propos d'une personne ayant la double nationalité argentine et italienne et, qui s'est vu refuser le bénéfice du droit d'établissement par l'Espagne. Sa demande a été rejetée sur le fondement de l'article 9 du code civil espagnol, visant les cas de double nationalité dont aucune est espagnole, qui retient la nationalité du lieu de résidence habituelle précédant l'arrivée en Espagne. Cette État a ainsi considéré M. Micheletti, qui a toujours vécu en Argentine, comme de nationalité argentine. Les autorités espagnoles ont ainsi raisonné

⁴¹⁰ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, précité. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1993, p.430 ; L. CARTOU, « La cour et une matière quelque peu sulfureuse: liberté de circulation et d'établissement et double nationalité », *LPA*, 1993, n°1, p.18 ; D. RUZIÉ, « Nationalité, effectivité et droit communautaire », *RGDIP*, 1993, p.107.

comme si Monsieur Micheletti possédait deux nationalités étrangères et, retenu la plus effective des deux. Le recours administratif contre la décision des autorités espagnoles ayant été rejeté, M. Micheletti a introduit un recours devant le tribunal de renvoi tendant à l'annulation de la décision de l'administration.

Interrogée par le tribunal de renvoi sur la compatibilité de cette décision avec l'article 43 TFUE relatif à la liberté d'établissement, la Cour a estimé que si les règles d'acquisition de la nationalité relèvent de la compétence exclusive de chaque État, celle-ci doit être exercée dans le respect du droit de l'Union⁴¹¹. Or, imposer le critère d'effectivité, illustrée ici par la résidence habituelle sur le territoire espagnole, revient à poser une exigence supplémentaire à l'unique condition de nationalité requise pour bénéficier des libertés de circulation⁴¹². La Cour a ainsi interdit à l'Espagne de choisir la nationalité qui lui paraît la plus effective. Dès lors qu'un individu possède la nationalité d'un État membre, « les autres États membres ne sont pas en droit de contester cette qualité au motif que les intéressés possèderaient également la nationalité d'un État tiers qui, en vertu de la législation de l'État d'accueil, prévaut sur celle des États membres »⁴¹³.

De la sorte, très influencés par les conclusions de l'avocat général TESAURO⁴¹⁴, les juges de l'Union privilégient la nationalité aux fins d'application du droit de l'Union au mépris du principe international de l'effectivité de la nationalité⁴¹⁵. La Cour de justice choisit de privilégier l'effectivité, non pas de la nationalité, mais des libertés de circulation. Elle se donne ainsi la possibilité d'encadrer l'opposabilité d'une nationalité d'un État membre, à partir du moment où la réalisation des libertés de circulation est restreinte. Autrement dit, lorsqu'une personne a la nationalité d'un État membre, il n'existe aucun autre critère qui doive ou qui puisse être pris en considération par l'État membre d'accueil. Cette position jurisprudentielle est dictée par la nécessité que le champ d'application personnel des règles issues du droit de l'Union ne varie pas d'un État membre à l'autre⁴¹⁶ et soit le plus large

⁴¹¹ Point 10 de l'arrêt *Micheletti*, aff. C-369/90, précité.

⁴¹² Point 11 de l'arrêt *Micheletti*, aff. C-369/90, précité.

⁴¹³ Point 14 de l'arrêt *Micheletti*, aff. C-369/90, précité.

⁴¹⁴ Conclusions de l'avocat général G. TESAURO présentées le 30 janvier 1992 dans l'affaire CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres contre Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90.

⁴¹⁵ Voir, *infra*, Section 2.

⁴¹⁶ Point 12 de l'arrêt *Micheletti*, aff. C-369/90, précité.

possible.

Autrement dit, la Cour reconnaît celle des deux nationalités qui est susceptible de faire bénéficier à la personne de la protection et des droits que lui confère le droit de l'Union⁴¹⁷ : la nationalité «européenne». Concrètement, comme le remarque N. CARIAT, « on aperçoit très nettement la dimension inclusive de cette règle de reconnaissance propre au droit de l'Union, qui assure la protection des ressortissants des États membres binationaux en les empêchant d'être considérés comme des ressortissants des pays tiers et de les faire sortir du même coup du champ d'application de la disposition du droit de l'Union qu'ils invoquent ». L'auteur précise que cette jurisprudence empêche également une éventuelle différence de traitement entre les ressortissants des États membres, selon qu'ils possèdent ou non également la nationalité d'un État tiers⁴¹⁸. Un État membre ne peut donc restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité.

Le choix privilégié de la nationalité de l'État membre vaut également lorsque le ressortissant entend, à l'inverse de l'affaire *Micheletti*, se prévaloir de la nationalité de l'État tiers. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Mesbah*⁴¹⁹ dans lequel la Cour réaffirme la primauté de la nationalité de tout État membre. Dans cette affaire, la Cour a été saisie d'une question préjudicielle par la Cour du travail de Bruxelles à propos d'un binationnal à la fois belge et marocain. Sa belle mère, qui est exclusivement marocaine, a revendiqué l'application d'un accord de coopération entre le Maroc et la Communauté européenne pour l'attribution d'une allocation pour handicapés que la loi belge accorde aux ressortissants belges résidant en Belgique. L'administration a refusé cette allocation au motif que la dame n'est pas belge comme la loi l'exige. Elle a invoqué le fait qu'un tel refus contrevenait aux dispositions de

⁴¹⁷ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union : différences de traitement et protection », *op. cit.*, p.434.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ CJCE, 11 novembre 1999, *Mesbah*, aff. C-179/98, précité. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de F. BOCQUILLON et F. KESSLER, « Les personnes handicapées. Europe: le versement d'une allocation pour personne handicapée à un membre de la famille d'un ressortissant de nationalité marocaine », *RDSS*, 2000, p.188 ; P.-F. DOCQUIR, « Quelques observations relatives à la discrimination en fonction de la nationalité en matière de droits sociaux », *Rev. dr. étr.*, 1999, p.772 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2000, p.498.

l'accord de coopération interdisant les discriminations fondées sur la nationalité au détriment des travailleurs marocains et des membres de leur famille résidant avec eux⁴²⁰.

La Cour a cité l'arrêt *Micheletti* et relevé que les circonstances de l'espèce étaient différentes. En effet, selon elle, « la législation de l'État membre qui est opposée à Mme Mesbah n'affecte aucune liberté fondamentale de circulation puisque l'accord n'a pas pour objectif de réaliser la libre circulation des ressortissants marocains à l'intérieur de la Communauté (...) »⁴²¹. Dans ces conditions, elle a conclu que « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que l'État membre d'accueil empêche un membre de la famille d'un travailleur de nationalité belge ayant conservé la nationalité marocaine (...) de revendiquer la nationalité marocaine de ce travailleur en vue d'obtenir l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale prévu en sa faveur par l'article 41, paragraphe 1 de l'accord (...) »⁴²².

Le statut de citoyen de l'Union n'étant pas en jeu, la Cour laisse donc le champ libre à l'application de la norme de droit international qui permet aux autorités du for de faire prévaloir leur nationalité. Le juge de l'Union a ainsi affirmé qu'« il appartient (...) à la seule juridiction de renvoi, dans le cadre de sa compétence exclusive pour interpréter et appliquer son droit national (...) de déterminer la nationalité du gendre de Mme Mesbah conformément au droit belge (...) »⁴²³.

L'on peut interpréter ces affaires comme consacrant le principe selon lequel l'État membre a désormais l'obligation de trancher un conflit entre deux nationalités, l'une d'un autre État membre et l'autre étrangère, systématiquement en faveur de la première, quand bien même elle ne serait pas effective.

2. L'encadrement de la compétence étatique dans l'hypothèse d'une double nationalité État membre/ État membre

⁴²⁰ Accord de coopération CEE-Maroc, précité, article 41 : « (...) les travailleurs de nationalité marocaine et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient dans le domaine de la sécurité sociale d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés ».

⁴²¹ Point 33 de l'arrêt *Mesbah*, aff. C-179/98, précité.

⁴²² Point 38 de l'arrêt *Mesbah*, aff. C-179/98, précité.

⁴²³ Point 40 de l'arrêt *Mesbah*, aff. C-179/98, précité.

En cas de conflit entre la nationalité du for et une «nationalité européenne», entendue comme la nationalité d'un autre État, le juge national ne peut pas faire prévaloir la nationalité du for, si cette solution entrave la liberté de circulation de l'intéressé. La Cour de justice refuse, en effet, qu'un État membre fasse prévaloir sa nationalité sur celle d'un autre État membre dont l'un de ses ressortissants serait simultanément détenteur.

Ce principe a été formulé par le juge de l'Union dans l'arrêt *Garcia Avello*⁴²⁴ à propos du nom patronymique d'enfants à la fois belges et espagnols. Ils sont nés en Belgique et, conformément au droit belge, l'officier de l'état civil belge a fait figurer sur l'acte de naissance de ces enfants le patronyme de leur père «Garcia Avello» comme nom de famille de ceux-ci. Leur père, M. Garcia Avello, est un ressortissant espagnol marié à Mme Weber, ressortissante belge, avec qui il réside en Belgique. En droit espagnol, le nom des enfants d'un couple marié est composé du premier nom de leur père suivant de celui de leur mère. Les parents ont ainsi fait enregistrés leurs enfants sous ce nom «Garcia Weber» à la section consulaire de l'ambassade d'Espagne en Belgique. Les enfants ont par conséquent et officiellement une appellation en tant que belges en Belgique («Garcia Avello») et une autre en tant qu'espagnols en Espagne («Garcia Weber»).

Les parents de ces enfants, en leur qualité de représentants légaux des deux enfants, ont sollicité un changement du nom patronymique de ces derniers au profit du nom «Garcia Weber», conformément à la loi espagnole, c'est-à-dire la première partie du nom du père et du nom de la mère. Ils ont soutenu que le nom actuel des enfants peut conduire les Espagnols à croire que leurs enfants sont en fait les frères et sœurs de leur père et qu'il n'y a pas de lien avec la mère des enfants. Le fait que les enfants portent en réalité des noms différents en Belgique et en Espagne peut en outre entraîner des difficultés. Cependant, les autorités administratives ont refusé au motif que, en Belgique, les enfants portent le nom de leur père. Et, conformément à la règle de droit international privé, la Belgique peut faire primer sa loi sur celle de l'Espagne en ce qui concerne l'attribution du nom des enfants. Le père a introduit

⁴²⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUDIT, « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *D.*, 2004, Jur., p.1476 ; J. HAUSER, « Personnes et droits de la famille. Nom: il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne! », *RTD civ.*, 2004, p.62 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2004, p.582.

une requête en annulation de cette décision devant le Conseil d'État qui a posé à la Cour une question préjudicielle de savoir si la décision des autorités belges de refuser le changement de nom, en faisant valoir que ce type de demande est habituellement rejetée au motif qu'en Belgique les enfants portent le nom de père, est contraire au droit de l'Union.

En réponse à cette question, la Cour a tout d'abord rappelé que le statut de citoyen de l'Union, consacré à l'article 17 TCE (devenu 20 TFUE), a vocation à être « le statut fondamental des ressortissants des États membres »⁴²⁵ et que « ce statut permet à ces derniers se trouvant dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application *rationae materiae* du traité, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »⁴²⁶. La Cour a ensuite considéré que l'affaire relevait du champ d'application du droit communautaire puisque les deux enfants possèdent la nationalité d'un autre État membre. Ce lien d'extranéité sans circulation suffit à faire entrer la situation des deux enfants dans le domaine d'application *rationae materiae* du traité.

Même si les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des États membres, la Cour a ensuite affirmé qu'ils pouvaient toutefois se prévaloir de l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE), c'est-à-dire de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité au regard des règles régissant leur nom de famille. Elle a ainsi vérifié dans un second temps si, cet article combiné à l'article 17 TCE (devenu 20 TFUE) s'opposait à la décision de refus belge et, considéré que les enfants ayant la double nationalité sont dans une situation différente des ressortissants belges ayant la seule nationalité belge. Selon la Cour, la situation des enfants était, en effet, de nature à engendrer pour eux de sérieux inconvénients dans le futur et les distinguaient ainsi des personnes ayant la seule nationalité belge, lesquelles sont désignées par un seul nom de famille. La Cour a ainsi repris l'argumentation de l'avocat général JACOBS⁴²⁷ et constaté « que pareille situation de diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils ont la

⁴²⁵ Point 21 de l'arrêt *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité.

⁴²⁶ Point 23 de l'arrêt *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité.

⁴²⁷ Conclusions de l'avocat général F. G. JACOBS présentées le 22 mai 2003 dans l'affaire CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, point 56.

nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre État membre dont ils possèdent également la nationalité »⁴²⁸. Dans ces conditions, elle a conclu que les règles d'attribution du nom belges étaient contraires aux articles 12 et 17 TCE (18 et 20 TFUE)⁴²⁹. Dès lors, La Cour a permis aux parents des enfants de contourner la règle de l'État de naissance dont ces derniers ont la nationalité au profit de la nationalité d'un autre État membre dans lequel ils n'ont jamais encore résidé. L. D'AVOUT interprète alors cet arrêt comme une volonté de la Cour de régler « la rencontre d'un conflit de nationalité et de l'exercice des libertés du citoyen de l'Union dans un sens cosmopolite, contraire au principe de prédominance de la nationalité locale sur toute nationalité étrangère »⁴³⁰. La Cour a effet considéré que le droit international « comporte non pas une obligation mais une faculté » de faire prévaloir la nationalité du for.

Il est possible d'interpréter cet arrêt comme consacrant la possession de la nationalité de deux États membres comme condition suffisante d'applicabilité du droit de l'Union. Toutefois, la Cour a particulièrement limité cette jurisprudence dans l'arrêt *McCarthy*⁴³¹, relatif à une ressortissante britannique ayant également la nationalité irlandaise sans jamais y avoir vécu. Elle avait demandé le regroupement familial pour son conjoint ressortissant d'État tiers conformément au droit de l'Union. Mais, la Cour a refusé d'appliquer le droit de l'Union car elle n'avait jamais fait usage de sa liberté de circulation et conclut que la directive 2004/38/CE n'était pas applicable à sa situation. De même, elle a considéré que l'article 21 TFUE n'était pas applicable puisque lui refuser le regroupement familial ne la privait pas de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits conférés par le statut de citoyen de l'Union⁴³². Le seul fait d'avoir une double nationalité ne suffit donc pas. La nationalité «européenne» doit certainement être prise en compte par l'État membre, mais le seul fait d'avoir une double nationalité n'ouvre pas automatiquement l'accès à certains droits de l'Union.

L'on peut interpréter ces jurisprudences comme participant à l'émergence d'un droit de l'Union de la nationalité et d'un droit à sa «nationalité européenne». Ce droit à sa

⁴²⁸ Point 36 de l'arrêt *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité.

⁴²⁹ Point 45 de l'arrêt *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité.

⁴³⁰ L. D'AVOUT, « Note sous CJCE, 14 octobre 2008, Grunkin et Paul, aff. C-355/06 », *JDI*, 2009, p.210.

⁴³¹ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

⁴³² V. *Supra*, Chapitre 1.

–nationalité européenne” est d’ailleurs sous-entendu dans la jurisprudence de la Cour relative à la perte de la nationalité d’un État membre.

B. Les « effets européens » de la perte de la nationalité d’un État membre

Un citoyen de l’Union peut-il basculer dans la catégorie de ressortissant d’État tiers ou d’apatride ? Peut-il perdre son statut de citoyen de l’Union ? *A priori*, oui si ce dernier perd sa nationalité d’un État membre. Cependant, les –effets européens” de la perte de la nationalité d’un État membre sont également encadrés par le droit de l’Union. L’arrêt *Rottmann*⁴³³ a été l’occasion pour la Cour de justice de préciser ainsi la portée de cet encadrement lorsque la perte de la nationalité d’un État membre a pour conséquence de priver le ressortissant de son statut de citoyen de l’Union et des droits qui y sont attachés.

Dans l’espèce ayant donné lieu à cet arrêt, un ressortissant autrichien a acquis par naturalisation la nationalité allemande et, par application du droit autrichien, a été déchu de sa nationalité d’origine. La décision allemande de naturalisation a toutefois été retirée au motif qu’il l’a obtenue de façon frauduleuse en omettant de mentionner qu’il a fait l’objet d’une information judiciaire en Autriche. Il a contesté cette décision de retrait devant les juridictions allemandes en faisant valoir qu’elle le rendait apatride et le privait de la citoyenneté de l’Union. Saisie en dernier ressort de sa demande, la Cour administrative allemande a saisi la Cour de justice par voie préjudicielle.

En substance, la question a été posée à la Cour de justice de savoir si le droit de l’Union s’oppose à une décision nationale de retrait de la nationalité obtenue par

⁴³³ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, précité. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Citoyenneté de l’Union », *AJDA*, 2010, p.937 ; T. BURRI et B. PIRKER B., « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt —*Rottmann* c. Freistaat Bayern », *RDUE.*, 2010, n°3, p.651 ; N. CARIAT, « Le retrait de nationalité au regard du droit européen et international », *JDE*, 2010, n° 172, p.245 ; D. DERO-BUGNY, « Citoyenneté de l’Union », *JDI*, 2011, p.48 ; J. HEYMANN, « De la citoyenneté de l’Union comme révélateur de la nature de l’Union européenne (à propos de l’arrêt *Rottmann*) », *Europe*, 2010, n°6, p.5 ; J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la nature de l’Union européenne à partir de l’arrêt *Rottmann* », *RGDIP*, 2010, p.257.

naturalisation, lorsque cette décision rend l'intéressé apatride et, le prive de ce fait du statut de citoyen de l'Union légalement acquis comme ressortissant d'un premier État membre et du bénéfice des droits qui y sont attachés en vertu de l'article 17 du TCE (devenu 20 du TFUE).

La Cour y a précisé, pour la première fois, les conditions dans lesquelles un citoyen de l'Union peut, du fait de la perte de sa nationalité, perdre cette qualité. S'appuyant sur le droit international, elle a confirmé tout d'abord le droit des États de retirer la nationalité acquise par fraude, nonobstant la perte inéluctable de la citoyenneté de l'Union⁴³⁴. Un État membre peut donc retirer librement la nationalité à un individu, même lorsque le retrait le prive aussi de sa qualité de citoyen de l'Union. Concrètement, la Cour ne peut pas intervenir directement dans les droits nationaux de la nationalité. Ce point est bien vu par V. SKOURIS qui affirme que « la Cour n'a à aucun moment remis en cause la légitimité d'une décision de retrait de la naturalisation en raison de manœuvres frauduleuses »⁴³⁵.

Toutefois, il est possible d'affirmer avec E. PATAUT que « la porte du contrôle n'est pas totalement fermée »⁴³⁶ puisqu'il est permis d'y « déceler certaines brèches, qui montrent que la Cour n'entend pas rester purement passive »⁴³⁷. Parce que la décision de retrait de nationalité est « susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés », la situation du ressortissant en l'espèce « relève, par sa nature et ses conséquences du droit de l'Union »⁴³⁸. Ainsi, même si la situation du requérant relève d'une situation purement interne à l'Allemagne, la Cour opère toutefois une extension du champ d'application du droit de l'Union à cette situation dès lors que la qualité de citoyen de l'Union est en jeu. Comme le relève N. CARIAT, « l'atteinte potentielle au statut de citoyen de l'Union et aux droits qui y sont attachés paraît constituer la condition nécessaire et suffisante pour justifier le rattachement au droit de l'Union »⁴³⁹.

Par conséquent, la Cour a considéré qu'elle devait se prononcer sur les questions

⁴³⁴ Point 51 à 54 de l'arrêt *Rottmann*, aff. C-135/08, précité.

⁴³⁵ V. SKOURIS, « La citoyenneté européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne », in B. FAUVARQUE-COSSON, E. PATAUT et J. ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p.89 et s.

⁴³⁶ E. PATAUT « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *op. cit.*, p.622.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Point 42 de l'arrêt *Rottmann*, aff. C-135/08, précité.

⁴³⁹ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union : Différences de traitement et protection », *op. cit.*, p.437.

préjudicielles posées par le juge national qui concernent les conditions dans lesquelles un citoyen de l'Union peut, du fait de la perte de sa nationalité, perdre cette qualité de citoyen de l'Union et, dès lors, être privé des droits qui y sont attachés⁴⁴⁰. Elle a donc décidé de « superviser »⁴⁴¹ le contrôle opéré par les juges nationaux. La Cour a enjoint aux juridictions nationales de vérifier que le retrait de la naturalisation et, partant, la perte du statut de citoyen de l'Union, respecte bien le principe de proportionnalité par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci ou au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait. Surtout, elle a incité le juge national à accorder un délai raisonnable à l'intéressé pour que celui-ci tente de recouvrer sa nationalité d'origine. Si aucune obligation n'incombe à l'État d'origine de l'intéressé, la Cour a laissé toutefois entendre qu'un éventuel refus autrichien de réintégrer l'intéressé dans sa nationalité pourrait être considéré comme contraire au droit de l'Union.

Partant, il est possible de considérer qu'il s'agit d'« un arrêt à la fois prudent et lourd de potentialités »⁴⁴². « Prudent » parce que la Cour valide une situation d'apatridie entre États membres en évitant toute intrusion dans un domaine de compétence réservée des États membres. « Lourd de potentialités » parce qu'il constitue une étape décisive dans la reconnaissance progressive d'un encadrement européen du titre de compétences nationale en matière d'attribution de la nationalité « à des fins européennes ». L'imbrication des cadres, étatique et de l'Union, de définitions des personnes conduit ainsi le juge à définir des rapports « particuliers, et inédits » entre ces deux niveaux⁴⁴³.

Plusieurs interprétations s'affrontent dans la doctrine. D'un côté, il y a ceux qui considèrent comme E. PATAUT que cet arrêt est une « occasion manquée »⁴⁴⁴, que la Cour n'a pas été assez loin car « contrairement à sa tenace et justifiée réputation d'audace, la Cour s'en est tenue à une solution d'apparence très prudente ». Dans le même sens, J.-D. MOUTON considère qu'une « acceptation explicite de la CJUE d'un droit de regard sur les règles nationales relatives à la perte de la nationalité aurait marqué un véritable saut qualitatif

⁴⁴⁰ Point 46 de l'arrêt *Rottmann*, aff. C-135/08, précité.

⁴⁴¹ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union : différences de traitement et protection », *op. cit.*, p.436.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Citoyenneté de l'Union. La perte de la nationalité d'un État membre peut entraîner la perte de la citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2010, p.937.

⁴⁴⁴ E. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *op. cit.*, pp.617 et s.

par rapport à la réserve selon laquelle, bien que compétence retenue, l'exercice de la compétence nationale en matière de nationalité peut être encadrée par le droit de l'Union »⁴⁴⁵.

Plus optimiste, J. HEYMANN y voit cependant une certaine audace de la Cour qui recourt « à la technique caractéristique d'un système fédéral, celle de la préemption »⁴⁴⁶. De même, N. CARIAT considère qu'« on assiste (...) à une autonomisation de la citoyenneté de l'Union par rapport à la nationalité des États membres et à une soumission partielle de la nationalité au droit de l'Union »⁴⁴⁷.

D'un autre côté, certains comme S. CORNELOUP considèrent que la Cour de justice « a été trop loin »⁴⁴⁸. Elle critique notamment la naissance d'un droit européen de source purement jurisprudentielle qui ne pose pas de problème par rapport au contrôle des effets juridiques de la nationalité, ce qui n'est pas le cas pour la création de la situation juridique lorsque la Cour porte atteinte à la compétence étatique pour déterminer quels sont ses ressortissants. Elle précise que « les États n'ont pas à supporter les limites autres que celles posées par le droit international public lui-même »⁴⁴⁹ et défend, dans un souci de légitimité démocratique, l'idée d'un droit européen défini par les États et non par la Cour.

S. BARBOU DES PLACES tranche le débat doctrinal et, considère qu'« en réalité, l'ambition de la Cour est ailleurs. Son objectif n'est pas d'empiéter sur la compétence nationale d'attribution de la nationalité (...). L'enjeu de la solution Rottmann est de protéger l'accès au statut de citoyen européen »⁴⁵⁰. Cette observation confirme les propos de M. BENLOLO-CARABOT qui à propos de l'arrêt *Micheletti* affirme que « antithèse d'une —communautarisation— de la compétence, le schéma retenu abouti à une —fonctionnalisation— progressive du critère de nationalité au fur et à mesure du développement des objectifs

⁴⁴⁵ J.-D. MOUTON, « « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *op. cit.*, p.264.

⁴⁴⁶ J. HEYMANN, « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann) », *op. cit.*, p.6.

⁴⁴⁷ N. CARIAT, « La nationalité en droit de l'Union : différences de traitement et protection », *op. cit.*, p.437.

⁴⁴⁸ S. CORNELOUP, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI*, 2011, p.505.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ S. BARBOU DES PLACES, « Nationalité des États membres et citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire : la consécration d'une nationalité sans frontières », *RAE*, 2011, p.4.

communautaires »⁴⁵¹.

Il est possible de conclure que pour l'heure une intervention directe du droit de l'Union dans les droits de la nationalité des États membres constituerait « un coup de force à la fois juridiquement peu justiciable et politiquement difficile à accepter »⁴⁵². L'approche européenne de la nationalité étatique est toutefois originale : « action sur les effets, mais préservation de la compétence étatique, tels semblent être les axes éclairant la transposition du concept de la nationalité dans l'ordre juridique [de l'Union] »⁴⁵³. Progressivement, se forme ainsi une conception proprement européenne de la nationalité, une nationalité fonctionnelle, qui doit « être rendue compatible avec l'objectif de développement de la citoyenneté de l'Union »⁴⁵⁴. Cependant, si cette conception se justifie par la spécificité de l'ordre juridique de l'Union, elle conduit à faire du lien de nationalité, un lien de rattachement pouvant être instrumentalisée.

Paragraphe 2. Les conséquences contradictoires des règles européennes relatives à la nationalité

La jurisprudence de la Cour relative aux « effets européens » de la nationalité d'un État membre attire l'attention à plusieurs égards. Le jeu d'interférences entre le droit national, droit de l'Union et droit international, ce que J. HEYMANN qualifie de « conflit diagonal »⁴⁵⁵, conduit à des résultats contradictoires. Si l'impact du droit de l'Union européenne sur les principes traditionnels des conflits de nationalité se justifie (A), cela conduit paradoxalement à une « nationalité européenne » sans substance devenant un lien de rattachement de commodité (B).

⁴⁵¹ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.120.

⁴⁵² E. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », op. cit., p.617.

⁴⁵³ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.162.

⁴⁵⁴ S. BARBOU DES PLACES, « Nationalité des États membres et citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire : la consécration d'une nationalité sans frontières », op. cit., p.31.

⁴⁵⁵ J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010. Le conflit diagonal caractérise le point de rencontre entre un conflit vertical (droit européen et droit national) et un conflit horizontal (deux droits nationaux).

A. Un encadrement de la compétence des États justifié : la spécificité de l'ordre juridique de l'Union

L'impact du droit de l'Union sur le droit international privé des États membres est désormais une réalité. Les États membres ont pourtant tenté au cours des affaires portées devant la Cour de justice de convaincre cette dernière au moyen d'arguments traditionnels de droit international privé. Cependant, l'intégration européenne exige qu'ils adaptent leur approche traditionnelle des situations transfrontalières afin de prendre en compte les intérêts spécifiquement européens. Ils doivent ainsi abandonner une approche unilatérale des règles de conflit de nationalités au profit d'une approche «européanisée» incompatible avec les deux principes traditionnels de solution des conflits positifs de nationalité que sont la primauté de la nationalité effective (1) et la primauté de la nationalité du for (2).

1. Le rejet européen de la primauté de la nationalité effective

Dans son arrêt *Nottebohm*⁴⁵⁶, la Cour internationale de justice, tout en reconnaissant la compétence exclusive des États à légiférer dans leur ordre interne en matière de nationalité, limite cette compétence lorsqu'ils invoquent dans l'ordre international, par l'exercice de leur protection diplomatique, la nationalité qu'ils ont conférée. Pour que la nationalité puisse produire des «effets internationaux», la Cour internationale exige que celle-ci exprime un rattachement effectif de l'individu à l'État. Elle définit ainsi la nationalité comme étant «un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments joints à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte d'autorité, est, en fait, plus étroitement attaché à la population de l'État

⁴⁵⁶ CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, Recueil 1955, p.4 et s. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de S. BASTID, « L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de justice », *RCDIP*, 1956, p.607 ; J. COMBACAU, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité en droit international », in *Droit international et nationalité*, Colloque SFDI de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, p.93.

qui la lui confère qu'à celle de tout autre État »⁴⁵⁷.

Ce principe est également consacré dans la Convention de La Haye de 1930 sur les conflits de nationalité⁴⁵⁸ qui retient la même idée de nationalité effective en cas de plurinationalité. L'article 5, dispose ainsi que « dans un État tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une ». Il prévoit ensuite que « sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'État tiers en matière de statut personnel et sous réserve des convention en vigueur, cet État pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparait comme se rattachant le plus en fait ». Ces deux hypothèses, que sont la nationalité de la résidence habituelle ou celle à laquelle on se rattache le plus en fait, traduisent le critère de la nationalité la plus effective. En d'autres termes, la nationalité conférée par un État n'est pas opposable dans l'ordre international aux autres États si elle n'est pas effective.

Ce principe n'a pas été retenu par la Cour de justice dans les arrêts *Micheletti*⁴⁵⁹ et *Garcia Avello*⁴⁶⁰. Le juge de l'Union impose à l'État membre de reconnaître tous les effets de la «nationalité européenne» sans tenir compte de l'effectivité avec ce dernier État. Dans le premier cas, la nationalité d'un autre État membre l'emporte sur la nationalité d'un État tiers, alors même que la seconde est la plus effective. Dans le second cas, la nationalité d'un autre État membre l'emporte sur la nationalité du for, alors même que la seconde est la plus effective.

L'avocat général TESAURO dans ses conclusions sur l'arrêt *Micheletti* a d'ailleurs caractérisé l'effectivité comme une « notion qui remonte à une période romantique des relations internationales »⁴⁶¹. Il a justifié le rejet de ce principe en arguant que son maintien entrainerait des solutions différentes selon les États membres et la création de situations

⁴⁵⁷ p.23.

⁴⁵⁸ Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité signée à la Haye le 12 novembre 1930, S.d.N., *Recueil des Traités*, t. 179, p.189.

⁴⁵⁹ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, précité.

⁴⁶⁰ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité.

⁴⁶¹ Conclusions de l'avocat général TESAURO présentées le 30 janvier 1992 dans l'affaire CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres contre Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90.

discriminatoires entre les différentes catégories de ressortissants qui seraient admis ou non à jouir des avantages reconnus par le droit de l'Union selon les règles et/ou critères utilisés en droit interne, aux fins de la résolution des conflits de nationalité par l'État dans lequel ils ont l'intention de s'établir. La Cour de justice a d'ailleurs suivi ce raisonnement en considérant que l'opposabilité systématique de la nationalité d'un État membre garantissait une application uniforme du droit de l'Union.

Cette indifférence jurisprudentielle du principe international d'effectivité de la nationalité a été vivement critiquée, notamment par la doctrine internationaliste. C'est ainsi que, devant une telle négation du droit international par la Cour de justice, D. RUZIE désapprouve un « gouvernement des juges - envisagé comme un abus de pouvoir »⁴⁶². L'auteur s'inquiète en affirmant qu'« il nous paraît dangereux pour la crédibilité de la construction communautaire de voir la Cour faire preuve de ce que nous appellerons un –impérialisme” communautaire de nature à menacer la souveraineté des États membres qui, pour l'instant, n'ont accepté que des transferts de compétences, mais non un abandon de principe de toute compétence rattachée à la notion de souveraineté. Or, le droit d'accorder la nationalité nous paraît être un droit –régalien” fondamental dans la mesure où l'État repose sur la nationalité. Aussi, quand on connaît les critiques qui ont pu être formulées dans certains pays comme contre l'élaboration progressive d'une –citoyenneté” européenne, il n'y a pas lieu de fournir des armes à ceux qui en réalité sont hostiles à l'idée même d'intégration européenne »⁴⁶³.

Une telle vision réprobatrice n'emporte évidemment pas la conviction d'un européeniste convaincu dès lors que l'affirmation de la spécificité de l'ordre juridique de l'Union comme justification d'une dérogation au droit international est une thèse qui a été développée très tôt par la Cour de justice⁴⁶⁴. Il s'agit moins d'une perturbation du droit

⁴⁶² D. RUZIE, « Nationalité, effectivité et droit commun », *RGDIP*, 1993, p.110.

⁴⁶³ *Ibid*, p.109.

⁴⁶⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p.01141. La Cour de justice déclare « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres (...) qu'en effet, en instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'attributions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus précisément de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ».

international que d'une simple ignorance « passive »⁴⁶⁵ du droit international en ce sens où « chacun évolue dans son propre monde dans deux sphères étanches et isolées »⁴⁶⁶. L'approche de la Cour de justice révèle que les effets éventuels de la compétence d'attribution de la nationalité « à des fins européennes » nécessitent simplement « une mise en œuvre –acclimatée– au contexte communautaire du principe d'effectivité »⁴⁶⁷ et, que le juge de l'Union se soucie seulement de la fonction de la nationalité dans l'ordre juridique de l'Union. La spécificité de l'ordre juridique de l'Union justifie de déroger au droit international.

2. Le rejet européen de la primauté de la nationalité du for sur la nationalité étrangère concurrente

En cas de conflit entre la nationalité locale et la nationalité d'un autre État, le principe consacré est celui de la prééminence de la nationalité du for. Cela signifie, par exemple, qu'un français ayant une autre nationalité ne peut en principe invoquer celle-ci en France pour se soustraire à l'application de la loi française et inversement, l'autorité française ne peut prendre prétexte de cette autre nationalité pour refuser au français le bénéfice de cette loi. Si la loi française déclare français un individu, une autorité judiciaire ou administrative française ne peut pas méconnaître cette qualité sans se mettre en contradiction avec l'ordre juridique dont elle tient ses pouvoirs. Ce principe est inscrit à l'article 3 de la Convention de La Haye qui dispose que : « Sous réserve des dispositions de la présente Convention, un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant ».

Lorsque la Cour de justice oblige un État membre à faire primer la nationalité d'un autre État membre ou d'un État tiers, quand bien même elle ne serait pas effective, sur la

⁴⁶⁵ J.-F. SAGAUT et M. COGNIART, « Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne », *JCP N*, 2005, n°21, p.964 et s. Voir également L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé. Le droit international privé communautaire, émergence et incidences », *LPA*, 12 décembre 2002, n°248, p.27.

⁴⁶⁶ J.-F. SAGAUT et M. COGNIART, « Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne », *op. cit.*

⁴⁶⁷ A. ILIOPOULOU, « What's in a name ? Citoyenneté, égalité et droit au nom. À propos de l'arrêt Garcia Avello », *RTDE*, 2004, p.563.

nationalité du for, il est possible de voir dans cette jurisprudence une forme de reconnaissance implicite d'une forme de nationalité du for européen, traduction d'une nationalité fonctionnelle. La Cour transposerait dans l'ordre juridique de l'Union l'une des normes admises en droit international qui est celle de la primauté de la nationalité du for : la primauté de la nationalité des États membres⁴⁶⁸. Ce principe de la primauté du «for européen» signifierait qu'il y a toujours lieu de retenir la nationalité donnant accès à la citoyenneté de l'Union. Il est alors possible d'affirmer avec J. MEEUSEN que « le droit international privé communautaire a donc une identité propre qui, à cause de ses caractéristiques et des exigences particulières de l'intégration communautaire, est différente pour un nombre d'aspects du droit international privé national et conventionnel connu »⁴⁶⁹.

Le rejet européen des principes traditionnels de résolution des conflits de nationalité est justifié par la spécificité de l'ordre juridique de l'Union. Cependant, il aboutit à une mutation du lien de nationalité qui peut être contestée dès lors qu'il devient un lien de rattachement pouvant être instrumentalisé.

B. Un encadrement de la compétence des États contestable : l'instrumentalisation du lien de nationalité

Le rejet par le droit de l'Union des principes traditionnels consacrés par le droit international est critiquable. En effet, l'approche exclusivement fonctionnelle de la nationalité consacrée par la Cour de justice aboutit à l'émergence d'un droit, pour le citoyen de l'Union, de choisir sa nationalité lorsqu'il est binational, et ce, même en l'absence d'effectivité de celle retenue.

En cas de pluralité de nationalités, les options de législations ou de juridictions offertes au ressortissant d'État membre s'en trouvent ainsi élargies et lui permettent de se « soustraire

⁴⁶⁸ G. DE LA PRADELLE, « Incidences du droit de l'Union sur la nationalité dans les États membres », *op. cit.*, p.178.

⁴⁶⁹ J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, t. 353, 2012, p.72.

au traitement restrictif que son État national prétend lui imposer »⁴⁷⁰. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice en matière de conflits de nationalités offre aux ressortissants d'États membres la possibilité d'invoquer l'une ou l'autre de leurs nationalités afin de choisir la loi ou la juridiction la plus favorable à leurs situations. Concrètement, les solutions de la Cour permettent un « picorage »⁴⁷¹ permettant aux citoyens de l'Union binationaux d'instrumentaliser le droit international privé européen et *in fine* de construire un statut sur mesure, à la carte afin de parvenir au résultat substantiel le plus satisfaisant. H. FULCHIRON interprète ainsi la jurisprudence *Garcia Avello* comme contribuant « à la ~~privatisation~~ » de la nationalité, largement entamée par son ~~individualisation~~ »⁴⁷².

L'impact de l'autonomie de la volonté est, en effet, décisif dans les affaires présentées à la Cour de justice. Ce sont les choix faits par les ressortissants des États membres qui sont déterminants. Ainsi, dans l'affaire *Garcia Avello*, la Cour valide le choix des parents de donner un nom patronymique à leurs enfants binationaux conformément au droit espagnol et non au droit belge alors mêmes qu'ils résident dans le second État et que les enfants n'ont jamais été dans le premier État. La double nationalité, même si l'autre n'a qu'une effectivité très réduite, devient plus favorable pour son titulaire, puisqu'elle lui permet de prétendre à des droits que ne pourrait obtenir une personne ayant la nationalité d'un seul État. Certes, la solution peut se justifier lorsque la personne se déplace d'un État à l'autre puisque les différentes conceptions de la nationalité peuvent porter atteinte à sa liberté de circulation ou d'établissement. Cette solution devient cependant contestable lorsque la double nationalité est, comme dans l'affaire *Garcia Avello*, le seul élément d'eupéanisation de la situation, qu'il n'y avait aucun déplacement d'un État à un autre⁴⁷³ : les enfants sont nés en Belgique, y résident habituellement et aucun projet de migration en Espagne n'est envisagé. La menace d'une entrave à leur liberté de circulation est par conséquent purement virtuelle. La nationalité espagnole n'est pas la plus effective. Toute la famille réside de façon permanente en Belgique. Cette solution jurisprudentielle conduit *in fine* à la possibilité pour l'individu en

⁴⁷⁰ L. D'AVOUT, « Le droit international privé de l'Union européenne et ses solutions autonomes du conflit de nationalités », *JDI*, 1/2010, p.171.

⁴⁷¹ Conclusions de l'avocate générale KOKOTT présentées le 25 novembre 2010 dans l'affaire CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, point 56.

⁴⁷² H. FULCHIRON, « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p.224.

⁴⁷³ P. LAGARDE, « Note », *RCDIP*, 2004, p.197.

cause de choisir la nationalité qui sert le mieux son intérêt en l'espèce⁴⁷⁴. La nationalité peut ainsi varier à la convenance de son titulaire.

Ce mouvement jurisprudentiel a été confirmé par un arrêt statuant en application du règlement « Bruxelles II bis »⁴⁷⁵ à propos de la reconnaissance par le juge français d'une décision du tribunal de Pest en Hongrie prononçant le divorce d'un couple possédant à la fois la nationalité française et hongroise⁴⁷⁶. Ces ressortissants hongrois se sont mariés en Hongrie en 1979 et ont migré en France un an après. Ils ont acquis la nationalité française cinq ans après leur installation dans cet État. Madame Hadadi, à la suite de violences répétées de la part de son mari, a saisi le juge aux affaires familiales d'une demande de divorce pour faute en 2003 qui a été déclarée irrecevable en 2005. Entre temps, le mari a migré en Hongrie pour optimiser ses chances de succès quant à son divorce et, introduit une demande en ce sens auprès du tribunal de Pest en Hongrie qui a rendu un jugement définitif en 2004. À la suite d'une infirmation de l'ordonnance du juge de première instance par la Cour d'appel de Paris, le mari s'est pourvu en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel qui a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles sur l'interprétation du règlement n°2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale. L'article 3 du règlement établit deux critères de compétence en matière de divorce : d'une part, la résidence habituelle des époux ou, dans certains cas, de l'un d'eux, et d'autre part, leur nationalité commune.

Tout d'abord, la Cour de justice a estimé que, lorsque les deux époux possèdent à la fois la nationalité de l'État membre du juge saisi et celle d'un autre État membre, le juge saisi doit tenir compte de ce que les époux possèdent également la nationalité de l'État membre d'origine et que, partant les juridictions de ce dernier auraient pu être compétentes pour régler le litige⁴⁷⁷. Ensuite, elle a rejeté le recours à la nationalité effective. Elle a décidé que, lorsque les époux possèdent chacun la nationalité de deux mêmes États, le règlement s'oppose à ce

⁴⁷⁴ M. AUDIT, « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *D.*, 2004, jur., pp.1476 et s.

⁴⁷⁵ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000, JO L 338 du 23 décembre 2003, p.1.

⁴⁷⁶ CJCE, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi contre Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi*, aff. C-168/08, Rec., p. I-06871 (ci-après «arrêt Hadadi»).

⁴⁷⁷ Point 43 de l'arrêt *Hadadi*, aff. C-168/08, précité.

que la compétence des juridictions de l'un des États soit écartée au motif que le demandeur ne présente pas d'autres liens de rattachement avec cet État⁴⁷⁸. Le juge de l'Union a considéré que la reconnaissance d'un tel principe dans le cadre de l'application du règlement alourdirait le travail du juge national⁴⁷⁹. Partant, les époux binationaux peuvent choisir la juridiction devant laquelle ils entendent agir. Pourtant, la nationalité française était la plus effective des deux. Les époux ont résidé en France depuis plus de vingt ans. Cette dernière aurait dû l'emporter en tant que nationalité la plus effective ce qui aurait rendu le tribunal hongrois incompétent. La Cour, en permettant à l'un des deux époux de se prévaloir d'une nationalité très peu effective, consacre le libre choix de la nationalité la plus avantageuse pour les binationaux européen dans le cadre de l'application du règlement « Bruxelles II bis ».

Dans les deux arrêts, *Garcia Avello* et *Hadadi*, les ressortissants des États membres font ainsi « le choix du for en fonction des avantages pouvant résultant du droit matériel (voire procédurale) qui y est appliqué »⁴⁸⁰. Concrètement, cette possibilité de bénéficier de plusieurs fors compétents correspond à l'idée de *forum shopping* et de *law shopping*.

Il ressort de ce mouvement jurisprudentiel que la nationalité devient « un rattachement optionnel de faveur »⁴⁸¹. Le risque est alors que la nationalité ne soit utilisée et instrumentalisée et, pose la question de « l'évasion abusive d'une situation interne »⁴⁸². Dans l'arrêt *Hadadi*, la Cour est toutefois consciente des possibilités de *forum shopping* quand elle admet que le règlement peut inciter les époux à saisir rapidement l'une des juridictions compétentes afin de s'assurer des avantages du droit matériel de divorce applicable en vertu du droit international privé du for mais elle considère que la saisine d'une juridiction compétente en vertu de l'article 3 ne peut pas être considérée comme abusive.

L'encadrement des droits nationaux en matière de nationalité conduit ainsi à une métamorphose de ce droit. À ce titre, H. FULCHIRON évoque une évolution « d'un droit de

⁴⁷⁸ Points 51 à 54 de l'arrêt *Hadadi*, aff. C-168/08, précité.

⁴⁷⁹ Point 55 de l'arrêt *Hadadi*, aff. C-168/08, précité ;

⁴⁸⁰ E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, Paris, Defrenois, coll. Doctorat et Notariat, 2006.

⁴⁸¹ L. D'AVOUT, « Le droit international privé de l'Union européenne et ses solutions autonomes du conflit de nationalités », *op. cit.*, p.180.

⁴⁸² J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p.122.

souveraineté à un droit (légèrement) recentré sur l'individu »⁴⁸³. En effet, les équilibres se déplacent selon cet auteur en faveur de l'individu. La nationalité devient, pour reprendre l'expression de L. D'AVOUT, un « rattachement individuel de commodité »⁴⁸⁴. Autrement dit, cette indifférence de la Cour de justice à l'égard de l'effectivité de la nationalité d'un État membre conduit à une désubstantialisation de la nationalité interne.

V. CONSTANTINESCO s'est demandé si cette indifférence à l'égard des principes traditionnels de droit international privé ne laisse pas « la porte ouverte à la formation de liens de nationalité factices - –sur le papier” seulement - en tout cas dépourvus de substance, d'incarnation, et, finalement, de réalité ? » et se demande si on « ne peut-on craindre qu'il en aille ainsi même pour la citoyenneté européenne ainsi acquise ? »⁴⁸⁵. En se conformant à la jurisprudence *Nottebohm*, la Cour aurait pu pourtant exiger un minimum d'effectivité pour que les autres États membres soient tenus de reconnaître une «nationalité européenne”.

⁴⁸³ H. FULCHIRON, « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? », *op. cit.*, p.210.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ V. CONSTANTINESCO, « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Mélanges Jean Charpentier. La France, l'Europe et le monde*, Paris, Pedone, 2008, p.273.

CONCLUSION DU TITRE

Le droit de l'Union ne remet pas en cause la compétence des États membres pour déterminer, sur le fondement du seul critère de la nationalité, qui sont leurs nationaux et *a contrario* «leurs étrangers». Il incombe également aux États membres, sur la base de ce critère, de déterminer si une personne est un citoyen ou un étranger dans l'ordre juridique de l'Union. Au stade actuel de l'intégration européenne, il n'est donc pas possible d'envisager un processus européen de catégorisation des personnes distinct du cadre étatique. Il en serait autrement si l'accès aux catégories européennes transitait par un critère proprement européen, par exemple la résidence légale sur le territoire de l'Union.

Toutefois, un fait semble pourtant incontestable, à savoir que, l'exercice de la compétence étatique en matière de nationalité ne peut plus désormais être exercée en ignorant le droit de l'Union. L'État doit désormais distinguer entre celui qui possède la nationalité d'un État membre et, celui qui possède une nationalité étrangère. Cette nouvelle approche de la nationalité aboutit ainsi à une perturbation de l'exercice de la compétence des États dans ce domaine. Est également perturbée la fonction de la nationalité dans l'État.

TITRE 2

LA NATIONALITÉ, UNE FONCTION DISTINCTIVE ALTERÉE PAR LE DROIT DE L'UNION

L'opposition catégorielle entre le national et l'étranger dans les ordres juridiques internes est traditionnellement fondée sur le critère de la nationalité. L'État, dans l'exercice de sa souveraineté, définit ainsi qui sont ses nationaux et *a contrario* qui sont «ses étrangers». Cette distinction est logiquement destinée à faire produire des effets juridiques différents à chacune de ces deux catégories. Ainsi, l'étranger n'est pas soumis au même statut juridique que le national, mais à un régime emprunt de restrictions. Cependant, sous l'influence du droit de l'Union, cette distinction tend à s'estomper. Certes, formellement la définition nationale de l'étranger reste inchangée. Cependant, matériellement, il est possible d'affirmer que dans l'État membre d'accueil, les ressortissants des autres États membres «sont assimilés aux nationaux et sont donc moins qu'étrangers»⁴⁸⁶. En effet, le droit de l'Union crée, en bouleversant la traditionnelle partition national/ étranger, une innovation juridique dans les droits nationaux. La neutralisation des discriminations à l'égard du citoyen de l'Union est telle que «pour eux et sur le plan des droits, s'installer dans un autre État devient *presque* aussi simple que changer de région au sein d'un même État»⁴⁸⁷. Par nature, l'étranger, devenu citoyen de l'Union, est, pour reprendre l'expression d'E. BALIBAR, un «national-assimilé»⁴⁸⁸.

Toutefois, il demeure un étranger, certes privilégié, car comme en témoigne l'utilisation du terme «presque» par M. GAUTIER, l'évocation d'une uniformisation des statuts de l'étranger, devenu citoyen de l'Union, et du national apparaît excessive tant cette position n'est pas fidèle à la réalité juridique. Certes, objecter qu'il existerait une tendance à l'égalisation des droits entre ces deux catégories n'est pas faux, mais en déduire une uniformisation des statuts serait toutefois une conclusion trompeuse. En effet, le citoyen de l'Union n'est pas dans une situation d'égalité parfaite avec les nationaux de l'État

⁴⁸⁶ E. BALIBAR, «L'étranger comme ennemi. Sur la citoyenneté transnationale», Compte rendu du huitième séminaire du CERI, 22 mai 2006, p.9.

⁴⁸⁷ M. GAUTIER, «l'immigration intracommunautaire», *op. cit.*, p.39.

⁴⁸⁸ E. BALIBAR, «L'étranger comme ennemi. Sur la citoyenneté transnationale», *op. cit.*, p.9.

membre d'accueil⁴⁸⁹. Il peut toujours faire l'objet d'un traitement différencié de la part de l'État en raison du fait qu'il n'en possède pas la nationalité. Une analyse détaillée du traitement par l'État d'accueil des ressortissants des autres États membres prouve ainsi qu'ils « sont quasi-nationaux, ils sont aussi quasi-étrangers »⁴⁹⁰ et justifie que dans les ordres juridiques des États membres, « pour eux, le droit a du inventer une troisième catégorie »⁴⁹¹, une catégorie intermédiaire à la croisée de celles du national et de l'étranger ordinaire. Dans l'État, la fonction distinctive de la nationalité est ainsi affaiblie à l'égard des étrangers, devenus citoyens de l'Union.

La nature intermédiaire de la catégorie du citoyen de l'Union, telle qu'elle est le plus souvent présentée, n'est cependant pas toujours une réalité juridique. Il advient parfois qu'il soit soumis à un traitement plus favorable que le national de l'État d'accueil ou moins favorable qu'un étranger ordinaire. Par conséquent, la distinction entre le national et l'étranger est particulièrement perturbée. Dans les ordres juridiques des États membres, la fonction distinctive de la nationalité n'est pas simplement diminuée (Chapitre 1), elle peut dans certaines hypothèses être inversée (Chapitre 2).

⁴⁸⁹ R. HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne », *op. cit.*, p.43.

⁴⁹⁰ S. BARBOU DES PLACES, « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op. cit.*, p.40.

⁴⁹¹ *Ibid*, p.36.

CHAPITRE 1

UNE FONCTION DISTINCTIVE DIMINUÉE

Par définition, est formellement étranger celui qui ne possède pas la nationalité de l'État où il réside. Et, c'est une banalité de rappeler avec R.-F. LE BRIS que matériellement « le statut de l'étranger est nécessairement discriminatoire. Traduction juridique d'une altérité, il ne confère jamais des droits et obligations identiques à ceux du national (...). Normalement, cette différence joue au détriment de ceux qui n'appartiennent pas à la collectivité d'accueil »⁴⁹².

Certes, la définition formelle de l'étranger ne varie pas dans les ordres juridiques nationaux, et ce nonobstant l'influence du droit de l'Union. Par exemple, en France, l'article L. 111-1 du CEDESA définit encore comme étranger, les personnes « qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité ». En revanche, l'examen des droits qui sont conférés au citoyen de l'Union dans l'État d'accueil conduit à rapprocher sa situation juridique des nationaux et, à l'éloigner de la situation des étrangers ordinaires, au point que « l'appellation d' « étranger » s'adapte de plus en plus mal à la réalité »⁴⁹³. Cette situation selon laquelle le statut interne du ressortissant d'un autre État membre ne correspond plus à celui d'un étranger ordinaire est particulièrement bien simplifiée par P. JESTAZ lorsqu'il affirme qu'il est « chez lui en France » alors que le ressortissant de pays tiers, devenu « l'étranger ordinaire, est chez nous »⁴⁹⁴.

En définitive, le ressortissant d'un autre État membre est formellement un étranger dans l'État d'accueil mais, matériellement, sa situation le rapproche du national et le singularise de l'étranger ordinaire. Pour saisir cette catégorie juridique nationale

⁴⁹² R.-F. LE BRIS, « L'étranger et ses métamorphoses, quelques considérations contemporaines », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn. L'internationalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994, p.234.

⁴⁹³ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, op. cit., p.284.

⁴⁹⁴ P. JESTAZ, « Le principe d'égalité de traitement en droit privé », in *La personne humaine, sujet de droit (4^{ème} journées René Savatier)*, Paris, PUF, coll. « Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers », 1994, p.168.

intermédiaire, L. AZOULAI⁴⁹⁵ propose alors l'expression de « quasi- nationaux », celle-ci permettant de « de rendre compte d'un entre- deux et de dépasser une dichotomie qui n'est plus apte à décrire une réalité légale »⁴⁹⁶.

Sous l'influence du droit de l'Union européenne, « les stigmates »⁴⁹⁷ qui marquaient le national d'un autre État en tant qu'étranger dans un autre État avant l'adhésion de son État d'origine à l'Union s'effacent donc progressivement. La logique inhérente à la distinction entre le national et l'étranger qui est fondée sur la nationalité est par conséquent remise en cause puisqu'il est insérée entre ces deux catégories traditionnelles, une troisième qui est intermédiaire : l'« étranger européen ». –Intermédiaire», car si le statut de ce dernier est effectivement assimilable à celui du national, qu'il « perd progressivement de son –étrangeté »⁴⁹⁸ (Section 1), ce statut demeure toutefois marqué, comme c'est le cas de celui de l'étranger ordinaire, par la différenciation et l'altérité (Section 2).

⁴⁹⁵ Selon la formule empruntée à L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p.2.

⁴⁹⁶ S. BARBOU DES PLACES, « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op. cit.*, p.39.

⁴⁹⁷ C. Cournil, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, *op. cit.*, p.21.

⁴⁹⁸ R.-F. LE BRIS, « L'étranger et ses métamorphoses, quelques considérations contemporaines », *op. cit.*, p.237.

SECTION 1. LE CITOYEN DE L'UNION, UN "QUASI-NATIONAL" DANS L'ÉTAT MEMBRE D'ACCUEIL

Le national est « celui auquel l'État confère la plénitude des droits »⁴⁹⁹. Par l'intermédiaire du lien de nationalité, l'État réserve ainsi au national un statut dont sont, en principe, exclus les étrangers. Ces derniers sont alors soumis à un régime spécifique dont le champ d'application n'est ainsi défini que par un seul critère : la nationalité. Cependant, une autre réalité juridique émerge dans les ordres juridiques nationaux : il n'y a plus de concordance automatique entre les bénéficiaires du statut de national et son contenu. En effet, sous l'influence du droit de l'Union, l'État membre doit accorder à l'« étranger européen » le traitement qu'il accorde à ses nationaux. Cette situation a alors amené certains auteurs, à en conclure que « le concept de nationalité se trouve (...) au cœur d'un brouillage conceptuel car on sait plus si la nationalité renvoie à un statut juridique précis (un ensemble donné et prédéterminé de droits et obligations), si elle permet encore de réserver le monopole de ce statut ; si elle a le monopole de l'ouverture à ce statut »⁵⁰⁰.

Le critère de la nationalité, dans ses deux dimensions « verticale » et « horizontale »⁵⁰¹, est donc remis en cause dans sa fonction de différenciation des personnes puisque les nationaux n'ont plus l'exclusivité d'un statut qui est désormais octroyé aux

⁴⁹⁹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, coll. Domat Droit Privé, 2007, p.622.

⁵⁰⁰ S. BARBOU DES PLACES, « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op. cit.*, p.40.

⁵⁰¹ F. TERRÉ, « Réflexions sur la notion de nationalité », *RCDIP*, 1975, p.198 et s. Voir également, S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, *op. cit.*, pp.298 et s. La première dimension traduit le lien de rattachement d'un individu à un État déterminé selon les règles définies par celui-ci. La nationalité constitue ici la manifestation de la souveraineté de l'État sur les individus considérés comme des sujets. L'auteur en déduit que « parce qu'ils concernent la souveraineté territoriale, les droits d'entrée et de séjour sur le territoire national traduisent le rapport du national à son État. C'est pourquoi ces droits sont réservés aux nationaux par la grande majorité des États de la société internationale ». La seconde dimension de la nationalité traduit la relation du national à la communauté nationale symbolisée par des droits qui leur sont légitimement réservés et dont sont exclus les étrangers.

«étrangers européens». Dès lors que le droit de l'Union « donne à tout ressortissant européen le pouvoir de s'adresser à un État membre autre que le sien et de lui dire : faites en sortes que je puisse m'installer »⁵⁰², l'«étranger européen» devient un « proche »⁵⁰³ qu'il convient de traiter comme un national. Il se voit désormais reconnaître un statut dérogatoire du droit commun des étrangers concernant l'entrée et le séjour sur le territoire de l'État membre d'accueil (Paragraphe 1). Une fois légalement installés sur le territoire national, il n'est pas simplement toléré comme un étranger ordinaire, il est accueilli par l'État d'accueil en tant que «concitoyen» européen et, bénéficie à ce titre, des privilèges et avantages dont jouissent les nationaux de cet État (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le traitement national du citoyen de l'Union accédant au territoire de l'État d'accueil

Le droit international public consacre le droit souverain de l'État de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire. Nonobstant l'influence croissante des exigences relatives à la protection des droits de l'Homme, il n'existe pas pour autant de droit fondamental à l'immigration. Aucune convention internationale relatives aux droits de l'Homme ne remet en cause cette règle de droit international. Excepté dans le cadre d'une convention particulière à laquelle il est partie, un État n'est jamais obligé d'autoriser l'entrée sur son territoire d'un étranger.

Ce pouvoir souverain de l'État d'autoriser ou non discrétionnairement l'accès sur son territoire est lié à sa compétence territoriale, celle-ci s'exerçant souverainement au moment du franchissement de ses frontières. Très logiquement, la distinction entre le national et l'étranger suppose une différence de régime quant au franchissement de cette frontière. Cependant, avec l'acquisition du statut de citoyen de l'Union, l'étranger se voit désormais reconnaître un droit d'entrée et de séjour facilité dans l'État membre d'accueil, remettant ainsi en cause le principe selon lequel il s'agit d'un droit inconditionnel qui n'est reconnu

⁵⁰² L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p.24.

⁵⁰³ *Ibid*, p.26.

uniquement aux nationaux⁵⁰⁴. De fait, l'étranger européen s'éloigne de la condition d'un étranger ordinaire lors du passage de la frontière de l'État d'accueil.

Là apparaît l'innovation induite par le droit de l'Union qui consacre une citoyenneté de l'Union qui fait « accéder les Européens à un espace inédit »⁵⁰⁵ en leur garantissant un droit de circuler et de séjourner dans tous les États membres de l'Union (B). Cette apparition du droit de l'Union dans les pratiques nationales traditionnelles relatives aux autorisations d'entrer et de séjourner des étrangers remet ainsi en cause le principe selon lequel l'accès au territoire est un droit réservé aux nationaux (A).

A. L'accès au territoire de l'État, un droit fondamental réservé par principe aux nationaux

Le droit international des droits fondamentaux⁵⁰⁶ est muet à propos du droit d'entrée et de séjour des étrangers⁵⁰⁷. Il n'existe pas de droit fondamental à l'immigration. En revanche, la consécration d'un droit à l'émigration est évidente. En somme, « si j'ai le droit de quitter un pays, je n'ai pas le droit d'entrer dans un autre pays »⁵⁰⁸. Par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre dans son article 12 le fait que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». À cet égard, M. CHEMILLIER-GENDREAU met l'accent sur le fait qu'il y a là un paradoxe puisque la liberté de quitter son pays « n'a de sens que si se trouve aussi garanti son complément, la

⁵⁰⁴ R.-F. LE BRIS, « L'étranger et ses métamorphoses, quelques considérations contemporaines », *op. cit.*, p.236.

⁵⁰⁵ C. BERTOSSI, *Les frontières de la citoyenneté en Europe : nationalité, résidence, appartenance*, Paris, L'Harmattan, coll. « Égiques politiques », 2001, p.29.

⁵⁰⁶ Voir notamment, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (article 13), la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale de 1965 (article 5), le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 (article 12) ou encore le protocole n°4 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1968 (article 2).

⁵⁰⁷ V. CHETAIL, « Migrations, droits de l'Homme et souveraineté : le droit international dans ses états », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Volume II, Bruxelles, Bruylant, coll. De l'Académie de Droit International Humanitaire et de droits humains à Genève, 2007, p.72.

⁵⁰⁸ J.-Y. CARLIER, « Existe t-il un droit à la migration ? La cigogne et la maison », in F. CRÉPEAU, D. NAKACH et I. ATAK (dir.), *La complexe dynamique des migrations internationales*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, p.389.

liberté d'entrer dans un autre pays »⁵⁰⁹. Cependant, la reconnaissance d'un droit fondamental à l'immigration qui consisterait alors à « assujettir les États à une obligation générale d'accueil de tous les étrangers arrivant sur leur territoire » relève de l'« utopie »⁵¹⁰.

Le pouvoir arbitraire des États membres a toutefois évolué dans ce domaine. L'État conserve sa compétence de réglementation en matière d'admission des étrangers sur son territoire, sous réserve des engagements internationaux auxquels il est parti, fondés soit sur des réciprocités, soit sur le respect des droits de l'homme. Toutefois, comme le constate J.-F. FLAUSS, si la souveraineté de l'État n'est plus arbitraire, elle demeure discrétionnaire puisque l'État est toujours libre, sous réserve d'engagements internationaux ou d'obligations internationales s'imposant à lui, de réglementer l'admission des étrangers sur son territoire⁵¹¹.

Le droit international a peu d'impact sur le droit national de l'immigration et les États peuvent discrétionnairement refuser l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire ou les subordonner à la réalisation de certaines conditions. Comme le soulignent justement J. COMBACAU ET S. SUR, « le droit international commun se caractérise donc par un renvoi à peu près total au droit interne de l'État et aux conventions qu'il conclut »⁵¹². L'accès d'un étranger au territoire d'un État n'est ainsi pas un droit mais une « tolérance » sauf exceptions liés au respect des droits fondamentaux. C'est le cas tout particulièrement en droit international des réfugiés⁵¹³.

La Convention européenne des droits de l'Homme ne consacre pas plus un droit général à l'entrée et au séjour en faveur des étrangers. Pour preuve, l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre le Royaume-Uni*⁵¹⁴ du 28 mai 1985 valide la position prétorienne de la

⁵⁰⁹ M. CHEMILLIER-GENDREAU, « La virtualité de la libre circulation », *Plein Droit*, n°36-37, *La République bornée*, décembre 97.

⁵¹⁰ J. DUVIGNEAU, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, Thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2010, dactyl., p.44.

⁵¹¹ J.-F. FLAUSS, « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme - Les principes en droit international », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, p.47.

⁵¹² J. COMBACAU ET S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 9ème éd., 2010, p.371.

⁵¹³ Ils bénéficient du principe de non-refoulement consacré à l'article 33 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951.

⁵¹⁴ Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n°9214/80, 9473/81, 9474/81,

Commission qui dès 1977, exclut tout droit à l'entrée et au séjour des étrangers en jugeant que : « La Convention ne garantit, comme tel, aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays déterminé, ni le droit de ne pas être expulsé d'un pays donné »⁵¹⁵. Dans cette décision, la Cour européenne des droits de l'Homme précise également qu'il appartient aux États de contrôler l'entrée des non-nationaux⁵¹⁶. Depuis, la Cour rappelle que ni la Convention ni le Protocole n°4 ne garantit en soi un droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un État déterminé. Chaque arrêt pose alors comme principe la souveraineté de l'État en annonçant que : « Les États contractants ont le droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire ».

Cette absence de droit fondamental à l'immigration se justifie par le fait que la politique migratoire relève exclusivement des États. Les États demeurent compétents pour fixer leur législation relative à l'immigration. Il s'agit d'un domaine réservé exprimant la souveraineté territoriale de l'État sur lequel le droit international n'a pas de mainmise. Le Conseil constitutionnel français a ainsi, par exemple, confirmé ce principe lorsqu'il a eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution du Traité d'Amsterdam. Il a alors inclus le contrôle de l'entrée sur le territoire national parmi les prérogatives de souveraineté⁵¹⁷. Autrement dit, il a fait des conditions d'entrée des étrangers des éléments inhérents au concept d'État souverain. Plus tôt en 1992, lors du contrôle de la conformité à la constitution du Traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel avait déjà affirmé que « l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire »⁵¹⁸. Un tel principe

Paragraphes 59 et 60.

⁵¹⁵ Comm. EDH, 15.12.1977, n°804/77.

⁵¹⁶ *Ibid*, paragraphe 67.

⁵¹⁷ Décision n°97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam, *Rec.*, p.344. Sur cette décision, voir notamment les commentaires de E. AUBIN, « Le Conseil constitutionnel face à la communautarisation des politiques liées à la libre circulation des personnes dans l'Union européenne (visas, asile, immigration et franchissement des frontières) », *Tribune du droit public*, 1998/1, p.173 ; F. CHALTIEL, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité d'Amsterdam », *RMCUE*, 1998, p.73 ; F. LUCHAIRE, « Le traité d'Amsterdam et la Constitution », *RDP*, 1998, p.331 ; A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », *Cah. du Conseil Constitutionnel*, 1998 (4), p.113 ; D. RICHARD, « Le traité d'Amsterdam à l'épreuve du Conseil constitutionnel (à propos de la décision n°97-394 DC du 31 décembre 1997) », *Gaz. Pal.*, (168-169), 17 et 18 juin 1998, p.2 ; A. RIGAUX et D. SIMON, « Le Conseil constitutionnel et le Traité d'Amsterdam », *Europe*, 1998, p.3 ; J.-E. SCHOETTL, « Traité d'Amsterdam », *AJDA*, 1998, p.135.

⁵¹⁸ CC, déc. n°92-307 DC du 25.02.1992, Loi portant modification de l'ordonnance n°445-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *Rec.*, p.48. Sur cette

trouve confirmation dans les autres États membres⁵¹⁹.

Dans la plupart des États membres de l'Union, des dispositions constitutionnelles précises consacrent un droit à l'entrée et au séjour des ressortissants nationaux sur le territoire de l'État. À titre d'exemple, l'article 19 de la Constitution espagnole dispose que « les espagnols ont le droit de choisir librement leur résidence et de circuler sur le territoire national. De même, ils ont le droit d'entrer en Espagne et d'en sortir librement dans les termes que la loi établira ». Dans le même sens, l'article 11 de Loi fondamentale allemande affirme que « tous les allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral ». L'article 44 de la Constitution portugaise reconnaît également à tout citoyen « la liberté d'aller et venir et le droit de s'établir librement sur toute portion du territoire national ». Peut être enfin citée la Constitution polonaise qui en son article 52 reconnaît à chacun « le droit de circuler librement sur le territoire de Pologne et d'y choisir librement le lieu de sa résidence et de son séjour ».

En France, contrairement aux autres États membres de l'Union, aucun droit fondamental à l'entrée et au séjour des citoyens sur le territoire national n'est consacré dans le « bloc de constitutionnalité ». C'est le Conseil constitutionnel qui a progressivement précisé l'existence d'un tel droit. Ainsi, en 1979, il affirme que « la liberté d'aller et venir est un principe de valeur constitutionnelle »⁵²⁰, puis en 1989, que « le législateur peut s'agissant des

décision, voir notamment les commentaires de B. GENEVOIS, « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA*, 1992, p.185 ; F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « De l'application des accords de Schengen au statut des « zones d'attente » : chronique d'une loi annoncée », *AJDA*, 1992, p.656 ; D. LOCHACK, *JDI*, 1992, p.677.

⁵¹⁹ Rapport de la XVIème table ronde internationale organisée à Aix en Provence les 11 et 12 septembre 1998, *AJCI*, XIV, 1998, p.367.

⁵²⁰ Décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, *Rec.*, p.31, considérant 3. Sur cette décision, voir notamment les commentaires de P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1979, p.186 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1979, p.1691. Décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *Rec.*, p.211. Sur cette décision, voir notamment les commentaires de E. AUBIN, « La loi sur la liberté intérieure, la liberté d'aller et venir et les limites du contrôle de constitutionnalité », *RDP*, 2003, p.375 ; J. BOYER, « Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles : quel ordre juridictionnel ? », *LPA*, 22 mai 2003, p.4 ; P. GAGNOUD, « Fouilles des véhicules automobiles : brèves remarques sur les principaux apports de la loi du 18 mars 2003 », *Gaz. Pal.*, 22 au 24 mars 2003, p.7 ; R. GHEVONTIAN, *RFDC*, 2003, p.573 ; P. JAN, « Forum », *RDP*, 2003, p.367 ; C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *RDP*, 2003, p.1147 ; O. LECUCQ, *RFDC*, 2003, p.760 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Loi pour la sécurité intérieure », *LPA*, 18 septembre 2003, p.6 ; S. NICOT, « Constitutionnalité de la loi pour la sécurité intérieure », *Dalloz*, 2004,

mesures applicables au séjour des étrangers en France » élaborer « des règles de police spécifiques aux étrangers »⁵²¹, confirmant ainsi la spécificité de la situation des étrangers par rapport aux nationaux.

De ce point de vue, la France s'inscrit dans la «normalité» européenne. En effet, un droit fondamental relatif à l'entrée et au séjour est reconnu aux nationaux, aucun de ces États ne reconnaît toutefois un droit inconditionnel de demander l'accès au territoire en faveur des étrangers. L'accès des étrangers au territoire national est donc plus ou moins libéral selon les politiques d'immigration des États. Le seul point commun existant entre les droits internes est la consécration d'un droit pour les nationaux est une différence de traitement selon la situation régulière ou non de l'étranger. Comme le confirme O. PFERSMANN, « il est difficile de trouver, dans une Constitution, un droit subjectif inconditionnel d'entrée dans le territoire ouvert aux non-citoyens »⁵²².

De fait, les États membres règlementent strictement l'entrée et le séjour sur leur territoire. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a affirmé, dans sa décision n°93-325 DC du 13 août 1993, que les étrangers sont soumis à un régime administratif d'autorisation préalable et qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire

p.1273 ; H. RIHAL, « Quand le droit pénal l'emporte sur le droit public : l'exemple de la «indécence agressive» », *RDP*, 2003, p.371 ; J.-E. SCHOETTL, « La «loi pour la sécurité intérieure» » devant le conseil constitutionnel, *LPA*, 28 mars 2003, p.4 ; V. TCHEN, « La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif », *AJDA*, 2003, p.10 ; V. TCHEN, « Validation constitutionnelle de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure », *JCP A*, 2003, p.825. Décision n°2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme*, *Rec.*, p.31. Sur cette décision, voir notamment les commentaires de P. AVRIL et J. GICQUEL, « Le triomphe de «l'entonnoir» », *LPA*, 15 février 2006, p.6 ; S. BRONDEL, « Le Conseil constitutionnel durcit sa jurisprudence sur le droit d'amendement », *AJDA*, 2006, p.172 ; J. DALEAU, « Validation de la loi contre le terrorisme et précisions sur le droit d'amendement », *D.*, 2006, p.247 ; B. MATHIEU, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA*, 2006, p.306 ; V. OGIER-BERNAUD, « L'évolution décisive de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'exercice du droit d'amendement en cours de navette parlementaire », *RFDC*, 2006, p.585 ; F. ROLIN F. et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *AJDA*, 2006, p.975 ; J.-E. SCHOETTL, « La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 5-7 février 2006, p.20.

⁵²¹ CC, décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, *Rec.*, p.81, considérant 12. Sur cette décision, voir notamment les commentaires de B. GENEVOIS, « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers », *RFDA*, 1989, p.691 ; F. OSMAN F., « Le juge judiciaire gardien de la liberté individuelle, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.*, 25-27 février 1990, p.2.

⁵²² O. PFERSMANN, *Propos tenus lors des discussions et débats suivant la table ronde sur « Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière »*, *AIJC*, 1998, p.375.

national »⁵²³.

À l'image de la France, dont l'ensemble des textes régissant l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire est codifié depuis le 1^{er} mars 2005⁵²⁴, tous les États membres disposent d'une telle législation détaillée sur cette question. Si l'accès au territoire est plus ou moins restreint en fonction des objectifs assignés à la politique d'immigration, ce n'est jamais un droit fondamental pour l'étranger. L'étranger est toujours soumis à des formalités administratives et policières.

C'est à ce stade que la singularité du droit de l'Union doit être abordée en ce qu'il remet en cause le principe, précédemment développé, que les étrangers ne bénéficient pas d'un droit fondamental d'accéder au territoire de l'État d'accueil. En effet, le régime relatif à l'entrée et au séjour des ressortissants des autres États membres déroge au droit commun applicable aux étrangers ordinaires puisqu'ils bénéficient d'un droit fondamental d'accéder au territoire de l'État membre d'accueil, sans visa, mais également le droit d'y séjourner. Il est possible avec N. GUIMEZANES d'y déceler une « révolution juridique » dès lors que « les directives et règlements qui ont contribué à l'élaboration du droit européen apparaissent plus respectueux des droits de l'homme, en assimilant l'étranger au national, que les droits étatiques qui sont plus restrictifs »⁵²⁵.

⁵²³ Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *Rec.*, p.224, considérant 2. Sur cette décision, voir notamment les commentaires de J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Droit social*, Janvier 1994, p.69 ; V. FABRE-ALIBERT, « Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France », *RTDE*, 1994, p.519 ; Y. GAUTIER, « Les accords de Schengen et le droit d'asile à l'épreuve du débat constitutionnel », *Europe*, Décembre 1993, p.1 ; B. GENEVOIS, « Le statut constitutionnel des étrangers », *RFDA*, 1993, p.871 ; D. LOCHACK, « Les trompe-l'œil du Palais-Royal », *Plein droit*, 22-23, octobre 1993-mars 1994, p.6 ; F. LUCHAIRE, « Le droit d'asile et la révision de la Constitution », *RDP*, 1994, p.5 ; B. MATHIEU et M. VERPEAU, « Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile », *LPA*, 9 septembre 1994 (108), p.4 ; J. ROSSETTO, « La convention de Schengen : controverses et incertitudes françaises sur le droit d'asile », *RMCUE*, 1994, p.315.

⁵²⁴ Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. La partie législative dans laquelle ont été codifiées l'ancienne ordonnance du 2 novembre 1945 et la loi du 25 juillet 1952 relative à l'asile a été créée par ordonnance, et la partie réglementaire dans laquelle ont été rassemblés l'ensemble des décrets jusque là dispersés a été créée par plusieurs décrets. Voir notamment l'ordonnance n°2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers, précitée.

⁵²⁵ N. GUIMEZANES, « La circulation et l'activité économique des étrangers dans la Communauté européenne », *op. cit.*, p.18.

B. L'accès au territoire de l'État, un droit fondamental élargi aux citoyens de l'Union

L'égalité de traitement entre l'«étranger européen» et le national s'impose à toutes les dispositions nationales relatives à l'entrée et au séjour sur le territoire. Toutefois, avant d'accéder au territoire d'un État membre, le citoyen de l'Union a tout d'abord le droit de quitter librement le territoire de son État d'origine. Aucun visa de sortie ni obligation équivalente ne peut être exigé. Le droit de circuler librement implique, en effet, pour le citoyen de l'Union la possibilité de se rendre dans un autre État membre et partant, suppose logiquement le droit corrélatif de quitter son État d'origine. Le droit à la liberté de circulation intra-européenne n'aurait aucun sens, « serait vidé de sa substance »⁵²⁶, si le droit de quitter l'État d'origine n'était pas, en effet, reconnu au citoyen de l'Union.

La Cour de justice s'est prononcée, pour la première fois en 2008, à propos d'une mesure prise par la Roumanie pour interdire à l'un de ses ressortissants, M. Jipa, de se rendre en Belgique pendant 3 ans au motif de sa situation irrégulière dans cet État. La Cour de justice a répondu que : « En tant que ressortissant roumain, M. Jipa jouit du statut de citoyen de l'Union aux termes de l'article 17, paragraphe 1, CE et peut donc se prévaloir, y compris à l'égard de son État membre d'origine, des droits afférents à un tel statut, et notamment du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres tel que conféré par l'article 18 CE »⁵²⁷. Cette jurisprudence a été confirmée à propos de Bulgares auxquels les autorités de leur État avaient imposé des interdictions de voyager⁵²⁸.

⁵²⁶ Conclusions de l'avocat général MAZAK présentées le 14.02.2008 sur l'affaire C-33/07, point 35.

⁵²⁷ CJCE, 10 juillet 2008, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București contre Gheorghe Jipa*, aff. C-33/07, *Rec.*, p. I-05157, considérant 17. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de F. CHALTIEL, C. J. BERR, S. FRANCO et C. PRIETO, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 2009, p.646 ; V. MICHEL, « Séjour irrégulier et interdiction ultérieure de sortie du territoire: comment concilier liberté de circulation et protection de l'ordre public? », *Europe*, 2008, Octobre, Comm. n° 313, p.22.

⁵²⁸ CJUE, 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov contre Director na Glavna direktsia "Ohranitelna politzia" pri Ministerstvo na vatrešnite raboti*, aff. C-430/10, *Rec.*, p. I-11637. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et E. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Libre circulation des citoyens de l'Union », *AJDA*, 2012, p.307 ; J. CAVALLINI, « Interdiction de sortie du territoire, motifs d'ordre public et considérations économiques », *JCP S*, 2012, n° 8, p.28 ; V. MICHEL, « Recours juridictionnel effectif », *Europe*, 2012, Janvier, Comm. n° 1, p.24. CJUE, 17 novembre 2011, *Petar Aladzhov*

Le citoyen de l'Union tire ainsi directement du traité le droit de quitter son État d'origine, mais le tire également du droit dérivé puisque que l'article 4 de la directive 2004/38/CE consacre explicitement « le droit de quitter le territoire d'un État membre en vue de se rendre dans un autre État membre ». Ce droit ne peut donc être restreint sauf pour des raisons touchant à l'ordre public ou la sécurité publique, cette restriction devant être nécessaire et proportionnelle⁵²⁹. En cela, le droit de l'Union n'innove pas réellement au regard du droit international public qui consacre également le droit de quitter son territoire d'origine⁵³⁰.

En revanche, le droit de l'Union consacre également un droit général de tout citoyen de l'Union d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre afin d'y exercer les libertés fondamentales accordées par le droit de l'Union. C'est ainsi que le considérant 11 de la directive 2004/38/CE affirme explicitement que « le droit fondamental et personnel de séjour dans un autre État membre est conféré directement aux citoyens de l'Union par le traité et ne dépend pas de l'accomplissement de procédures administratives ». Et, c'est évidemment cette dimension qui est la plus novatrice et, partant, la plus perturbante pour les droits nationaux.

Par conséquent, le citoyen de l'Union se voit octroyer un droit fondamental et individuel de circuler et séjourner librement sur le territoire national d'un autre État membre⁵³¹, ce « qui oblige les autorités publiques et leur défend d'y porter atteinte au delà de

contre Zamestnik director na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti, aff. C- 434/10, *Rec.*, p. I- 11659. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et E. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Libre circulation des citoyens de l'Union », *AJDA*, 2012, p.307 ; M. LARCHE, « Ordre public », *Europe*, 2012, Janvier, Comm. n° 1, p.23. Dans ces deux arrêts, la Cour vérifie si des raisons d'ordre public peuvent justifier qu'un État membre interdise à ses citoyens de sortir du territoire national en conséquence d'une condamnation pénale prononcée dans un autre État ou en cas de non-paiement d'une dette fiscale.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ Par exemple, article 13-2 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays » ; article 12-2 du Pacte international sur les droits civils et politiques : « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien » ; article 2-2 du Protocole n°4 à la CEDH : « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ».

⁵³¹ M. CANDELA SORIANO, « La circulation des personnes et les droits de l'Homme », in M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'Homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, p.67.

ce que permet le droit communautaire »⁵³². Autrement dit, le développement du droit de l'Union européenne bouscule les pratiques nationales relatives aux autorisations d'entrer et de séjourner des étrangers sur leur territoire.

Concrètement, le citoyen de l'Union bénéficie d'un droit d'entrée sur le territoire d'un autre État membre sur simple présentation d'une carte d'identité ou passeport en cours de validité⁵³³. Dès lors, l'administration n'est pas autorisée à exiger un visa d'entrée et aucune preuve d'un droit de séjour ne peut être exigée⁵³⁴. La présentation du document de voyage constitue la seule condition préalable au droit d'entrée et est exigée uniquement pour attester l'identité et la nationalité de l'intéressé. La Cour de justice a ainsi considéré que des contrôles « s'ils sont pratiqués de façon systématique, arbitraire ou inutilement contraignante » portent atteinte à la libre circulation⁵³⁵. Par exemple, elle a jugé que la péremption du document d'identité ou l'absence de celui-ci au moment du contrôle ne peut justifier l'éloignement du territoire⁵³⁶. De même, elle a estimé qu'une réglementation nationale autorisant les fonctionnaires chargés de la surveillance des frontières à réclamer aux ressortissants des États membres des renseignements relatifs au but et à la durée de leur voyage, ainsi qu'aux moyens financiers dont ils disposent, était contraire au droit de l'Union⁵³⁷.

Tout comme l'entrée, le séjour est également un droit pour tout citoyen de l'Union. Cependant, la revendication d'un tel droit est liée à la catégorie à laquelle le ressortissant d'État membre appartient. Selon la catégorie à laquelle il appartient, il doit remplir certaines conditions pour pouvoir se prévaloir d'un droit au séjour. De fait, le droit au séjour du citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil n'est pas inconditionnel. Les États peuvent soumettre les ressortissants des autres États membres à des conditions différentes de celles qui régissent les nationaux lorsque la différence de traitement correspond à une différence

⁵³² O. LECUCQ, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p.1639.

⁵³³ Article 4 de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁵³⁴ Articles 4 et 5 de la directive 2004/38/CE, précitée. Voir également CJCE, 27 avril 1988, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. C-321/87, *Rec.*, p.997 ; CJCE, 3 juillet 1990, *Regina contre Stanislaus Pieck*, aff. 157/79, *Rec.*, p.2171.

⁵³⁵ CJCE, 27 avril 1988, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. C-321/87, précité.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ CJCE, 30 mai 1991, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-68/89, *Rec.*, p. I-2637.

objective de situations⁵³⁸. C'est désormais la directive 2004/38/CE qui fixe ces catégories de bénéficiaires du droit au séjour. Pour le séjour n'excédant pas trois mois, le régime qui s'applique est identique au droit d'entrée. Le citoyen de l'Union doit simplement disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité⁵³⁹. Pour le séjour d'une durée supérieure à trois mois, il est soumis aux conditions posées à l'article 7 de la directive. Le ressortissant d'État membre doit ainsi, soit être un travailleur salarié ou non salarié, soit être un inactif disposant de ressources suffisantes « afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État d'accueil » et d'une assurance maladie complète, soit être un étudiant inscrit dans un établissement privé ou public, agréé ou financé par l'État, et remplissant les mêmes conditions que l'inactif. L'innovation de la directive 2004/38/CE est l'institution d'un droit de séjour permanent, en faveur des personnes qui ont séjourné, conformément aux conditions fixées par la directive, pendant une période continue de cinq ans. Il n'est subordonné à aucune condition d'activité, ressources ou assurance maladie⁵⁴⁰.

En tout état de cause, le droit fondamental et personnel de séjour dans un autre État membre est conféré directement aux citoyens de l'Union par les dispositions du traité et du droit dérivé et, ne dépend pas de l'accomplissement de procédures administratives nationales⁵⁴¹. Les autorités nationales « ne font qu'en reconnaître l'existence »⁵⁴². Un simple enregistrement peut être seulement imposé par l'État membre d'accueil aux ressortissants des autres États membres qui s'installent sur le territoire⁵⁴³.

Ce qui est essentiel est que l'État membre de l'Union est dessaisi d'une fraction importante de sa compétence migratoire en ce qui concerne les «étrangers européens». Il ne

⁵³⁸ CJCE, 11 avril 2003, *Arben Kaba contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-356/98, *Rec.*, p. I-2623, points 30 et 31 : « À cet égard, il y a lieu de constater que, en l'état actuel du droit communautaire, le droit de séjour des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre n'est pas inconditionnel. (...) les États membres sont en droit de tirer les conséquences de la différence objective pouvant exister entre leurs propres ressortissants et ceux des autres États membres lorsqu'ils fixent les conditions dans lesquelles une autorisation de séjourner indéfiniment sur leur territoire est accordée aux conjoints de ces personnes ».

⁵³⁹ Article 4 de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁵⁴⁰ Considérant 17 et chapitre IV de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁵⁴¹ Considérant 11 de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁵⁴² G. DRUESNE, *Droit et politiques des Communautés européennes et de l'Union européenne*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., coll. Droit fondamental, 2006, p.116.

⁵⁴³ Article 8, paragraphe 1 de la directive 2004/38/CE, précitée. Voir par exemple, article L.121-2 du CESEDA.

peut plus appliquer les mesures de contrôle ou des formalités prévues par sa législation sur les étrangers ordinaires. La France a ainsi modifié à de multiples reprises son droit national en se conformant aux exigences du droit de l'Union. Le décret du 11 mars 1994 fixe ainsi les règles d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires⁵⁴⁴. Il a été abrogé par le décret n°2007-371 du 21 mars 2007⁵⁴⁵ qui précise le cadre d'application du droit de séjour des citoyens de l'Union européenne, des ressortissants des autres États parties à l'Espace économique européen et de la Suisse ainsi que des membres de leur famille. Ce dernier décret met en œuvre les articles L.121-1 à L.122-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile. Il garantit un droit d'accès aux ressortissants des États membres, munis d'une carte d'identité ou d'un passeport et, pour les membres de leur famille ressortissants d'un État tiers, des facilités pour obtenir un visa. Ainsi, seule une carte d'identité ou un passeport en cours de validité est exigé en cas de séjour de moins de 3 mois et au delà, en cas de résidence effective et habituelle, une carte de séjour de ressortissant d'État membre valable 5 ans doit être délivrée. Concernant le droit de séjour permanent, l'article L. 122-1 du CEDESA prévoit que, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, le ressortissant européen, « qui a résidé de manière légale et ininterrompue en France pendant les cinq années précédentes acquiert un droit de séjour permanent sur l'ensemble du territoire français ».

Sur ces différents points, les États membres ont quasiment les mêmes législations. D'ailleurs, aucune résistance des États ne s'est manifestée concernant cette emprise européenne sur le pouvoir de police des étrangers qu'ils détiennent. H. LABAYLE relève justement que « l'on ne peut qu'être surpris de la relative acceptation sans conflit majeur d'une telle évolution juridique »⁵⁴⁶.

L'on peut ainsi affirmer que, concernant l'accès au territoire de l'État membre d'accueil, les ressortissants des autres États membres bénéficient d'un traitement dérogatoire

⁵⁴⁴ Décret n°94-211 du 11 mars 1994, réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des ressortissants des États membres de la Communauté européenne bénéficiaires de la libre circulation des personnes, JO n°61 du 13 mars 1994, p.3989.

⁵⁴⁵ Décret n°2007-371 du 21 mars 2007 relatif au droit de séjour en France des citoyens de l'Union européenne, des ressortissants des autres États parties à l'Espace économique européen et de la Confédération suisse ainsi que des membres de leur famille, JO n°69 du 22 mars 2007, p.5210.

⁵⁴⁶ H. LABAYLE, « Vers une citoyenneté européenne ? Le point de vue du droit communautaire », *op. cit.*, p.25.

au droit commun des étrangers. Ils ne sont plus soumis au régime général applicable aux étrangers ordinaires. La nationalité dans sa dimension verticale est alors altérée par le droit de l'Union. Reste alors à déterminer si ces derniers peuvent, une fois qu'ils sont entrés et séjournent sur le territoire de l'État membre d'accueil, bénéficier de manière égalitaire des droits octroyés aux nationaux.

Paragraphe 2. Le traitement national du citoyen de l'Union séjournant sur le territoire de l'état d'accueil

La démarche entreprise par les auteurs du traité sur le fonctionnement de l'Union n'est pas de créer un statut unifié du citoyen de l'Union, quel que soit l'État de résidence. C'est la raison pour laquelle, ils ont choisi prioritairement la règle du traitement national du citoyen de l'Union migrant. Prolongement du principe européen d'interdiction des discriminations, cette règle est considérée par la Cour de justice comme constituant « l'une des dispositions juridiques fondamentales »⁵⁴⁷ de l'Union et implique que le ressortissant d'un autre État membre soit traité comme le national de l'État d'accueil (A). Réservée initialement aux seuls travailleurs des États membres et, dans des domaines circonscrits à l'économie, le principe d'égalité entre l'« étranger européen » et le national a progressivement, sous l'influence de la Cour de justice, été élargi personnellement et matériellement si bien que la situation de tout citoyen de l'Union se rapproche désormais plus du national que de l'étranger ordinaire dans l'État membre d'accueil (B).

⁵⁴⁷ CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners contre État belge*, aff. 2/74, *Rec.*, p.631 (ci-après «arrêt Reyners»), point 24. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de A. DAMIEN, « Les conditions de nationalité pour l'inscription au barreau à propos de l'arrêt de la Cour de justice du 21 juin 1974 », *Gaz. Pal.*, 1975, III, Doct., p.63 ; F.-X. DE DORLODOT, « L'avocat au regard du traité de Rome après l'arrêt de la Cour de justice du 21 juin 1974 », *RMC*, 1974, p.473 ; J.-V. LOUIS, *JDT*, 1974, p.549 ; Y. LOUSSOUARN, « Droit d'établissement », *RCDIP*, 1975, p.696 ; Y. LOUSSOUARN, « Droit d'établissement », *RTDE*, 1975, p.518.

A. Le principe du traitement national du citoyen de l'Union

Point n'est besoin de s'attarder sur l'absence évidente de consécration de standards minimums au niveau de l'Union appliqués à tous les ressortissants des États membres se déplaçant au sein de l'Union. Nul ne disconviendrait, en effet, que les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne révèlent le refus de ses rédacteurs d'unifier le traitement accordé aux citoyens de l'Union migrants. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, le droit de l'Union impose seulement aux États de veiller à ce que « les dispositions dont il s'agit, par ailleurs conformes au droit communautaire, [soient] appliquées de manière égale à toute personne relevant de la juridiction dudit État »⁵⁴⁸.

De fait, le principe général de non-discrimination inscrit à l'article 18 TFUE implique pour l'État de traiter le ressortissant d'un autre État membre comme ses nationaux. La consécration européenne du principe de non-discrimination vient alors rompre avec la conception traditionnelle en droit interne puisque ce principe impose, dans des situations comparables, l'égalité de traitement entre l'étranger, devenu citoyen de l'Union, et le national de l'État d'accueil.

Le droit dérivé donne une portée concrète au principe du traitement national du ressortissant d'État membre. Ainsi, le règlement (UE) n°492/2011 affirme que : « Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé au chômage »⁵⁴⁹. La directive 2004/38/CE indique également dans son exposé des motifs que : « En vertu de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, chaque citoyen de l'Union et les membres de sa famille séjournant dans un État membre sur la base de la présente directive devraient bénéficier, dans cet État membre, de l'égalité de traitement avec ses ressortissants dans les

⁵⁴⁸ CJCE, 19 janvier 1988, *Pesca Valentia Limited contre Ministre de la Pêche et des Forêts d'Irlande et Attorney general*, aff. C-223/86, *Rec.*, p.83.

⁵⁴⁹ Article 7 du règlement (UE) n°492/2011, précité.

domaines d'application du traité (...) »⁵⁵⁰. Enfin, le règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale indique que : « A moins que le présent règlement n'en dispose autrement, les personnes auxquelles le présent règlement s'applique bénéficient des mêmes prestations et sont soumis aux mêmes obligations, en vertu de la législation de tout autre État membre, que les ressortissants de celui-ci »⁵⁵¹.

Ce principe du traitement national consacré dans le traité et le droit dérivé a ainsi pour conséquence son opposabilité par le citoyen de l'Union à l'État membre d'accueil qui doit, en principe, lui accorder logiquement le traitement qu'il réserve à ses nationaux. L. AZOULAÏ simplifie cette situation en expliquant que « le droit de la citoyenneté de l'Union ne tend pas à faire d'un français résidant en Italie un –européen», il l'italianise »⁵⁵². S. BARBOU DES PLACES schématise encore cette situation de la manière suivante : « Peu importe que le ressortissant d'un État A soit traité différemment selon l'État qu'il réside dans un État B ou C. L'important est que les États B et C n'établissent pas de discriminations entre leurs ressortissants et le ressortissant de l'État A »⁵⁵³. Par conséquent, il existe toujours une coexistence, au sein de l'Union européenne, de situations distinctes entre les États membres : un Français résidant en Allemagne ne bénéficie pas forcément du même traitement que le Français résidant en Italie.

La démarche européenne n'est évidemment pas anecdotique et s'explique aisément. L'absence de traitement unifié au niveau de l'Union de la situation des citoyens de l'Union se déplaçant au sein de l'Union est plus respectueuse des identités nationales⁵⁵⁴. En effet, l'application du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité « dans le domaine

⁵⁵⁰ Point 20 de l'exposé des motifs de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁵⁵¹ Article 4 du règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004, p.1.

⁵⁵² L. AZOULAÏ, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p.14. L'auteur précise que la citoyenneté de l'Union est simplement « un droit donné aux ressortissants des États membres d'être incorporés, sous certaines conditions, à une communauté politique et sociale étrangère ».

⁵⁵³ S. BARBOU DES PLACES, *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, *op. cit.*, p.292.

⁵⁵⁴ S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne. Septièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet de Metz*, Bruxelles, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2010, p.73. L'auteur en conclut que tout ceci « témoigne donc d'un choix qui n'a pas été celui de l'harmonisation ou de l'unification des droits nationaux : les auteurs du traité ont choisi de laisser les droits nationaux subsister mais en posant un principe qui articule cette diversité avec la réalisation des objectifs du traité ».

d'application des traités »⁵⁵⁵ protège les compétences nationales de toute immixtion européenne tout en garantissant la réalisation des objectifs de l'Union.

Il n'est donc pas étonnant que le statut de citoyen de l'Union n'ait pas été conçu pour heurter les identités nationales et spécialement leur citoyenneté nationale. Les rédacteurs des traités ont alors fait un choix délibéré de créer une citoyenneté de l'Union se superposant et non se substituant aux citoyennetés nationales. Tant qu'un individu ne s'est pas placé dans une situation régie par le droit de l'Union, il reste un national d'un État et la nationalité produit ses effets traditionnels. En somme, les nationaux « bénéficient (...) d'un statut de citoyen aux éléments circonscrits, le droit européen s'intéressant essentiellement au citoyen européen de mouvement »⁵⁵⁶. La citoyenneté de l'Union n'est donc qu'une qualité complémentaire à celle de national⁵⁵⁷, elle ne se substitue pas au lien de nationalité étatique. C'est la raison pour laquelle elle est fréquemment qualifiée de « citoyenneté de superposition »⁵⁵⁸ ou « citoyenneté de conséquence »⁵⁵⁹.

Tout ceci confirme bien que les rédacteurs du traité sur le fonctionnement de l'Union n'ont pas l'ambition d'élaborer un statut unifié du ressortissant ayant la nationalité d'un État membre. Ce faisant, ils ont choisi la règle du traitement national qui est la moins contraignante pour les compétences étatiques. Que ce soit le national de l'État ou un national d'un autre État membre, dans les deux cas, l'État membre d'accueil applique sa législation nationale.

Le recours au principe de non-discrimination consacré par le droit de l'Union assure ainsi aux citoyens de l'Union migrants un niveau élevé de protection contre les risques de traitement discriminatoire bouleversant ainsi le principe étatique du traitement préférentiel du national par rapport à l'étranger⁵⁶⁰. « Amplifiée par la citoyenneté de l'Union »⁵⁶¹,

⁵⁵⁵ Article 18 TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

⁵⁵⁶ R. HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen ? », *op. cit.*, p.45.

⁵⁵⁷ E. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union et nationalité étatique », *RTDE*, 2010, p.617 et s.

⁵⁵⁸ C. DEMESMAY, « Les nouveaux espaces de la citoyenneté. Enjeux et obstacles d'une citoyenneté européenne », *Cahiers français*, 2003, n°316, p.50.

⁵⁵⁹ J.-C. MASCLÉ, « Vers une citoyenneté européenne ? », *Cahiers français*, 1997, n°281, p.77.

⁵⁶⁰ M. BENLOLO-CARABOT, « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *op. cit.*, p.20.

⁵⁶¹ S. BARBOU DES PLACES, « La non-discrimination entre les Européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l'Union ? », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les*

l'application du principe de non-discrimination n'est plus limitée aux seuls travailleurs des États membres et, se diffuse dans de nombreuses réglementations nationales au delà du domaine économique et traditionnellement fermées aux étrangers, remettant en cause la fonction distinctive et discriminatoire de la nationalité à l'égard de l'« étranger européen ».

B. La mise en œuvre du traitement national du citoyen de l'Union

Le principe du traitement national dans l'État d'accueil était initialement invocable que par les seuls travailleurs⁵⁶². Cependant, la Cour de justice, par une jurisprudence audacieuse, voire « agressive »⁵⁶³ pour certains auteurs, a permis un déploiement du principe du non-discrimination au delà de la seule sphère économique⁵⁶⁴ en élargissant son champ d'application personnel et matériel à toute personne possédant la nationalité d'un État membre dans divers domaines, notamment en matière sociale.

Cette jurisprudence est qualifiée d'audacieuse, car nonobstant la création de la citoyenneté de l'Union, dans le Traité de Maastricht en 1992, ce statut n'ouvrait pas automatiquement un droit à la non-discrimination dans l'État membre d'accueil. En effet, le principe de non-discrimination n'est pas consacrée dans la deuxième partie du traité CE relative à la citoyenneté de l'Union. L'on pouvait alors s'attendre à ce que « sans l'intervention d'un juge, la seule inscription de la qualité de citoyen de l'Union dans le traité n'aurait pas suffi »⁵⁶⁵ à relier le principe de non-discrimination au statut nouvellement créé. Toutefois, la Cour de justice « a rebattu les cartes »⁵⁶⁶ et, contribuer par sa jurisprudence à

Européens, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012, p.195.

⁵⁶² Sur cet aspect, voir A. ILOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 42-51

⁵⁶³ D. MARTIN, « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *op. cit.*, p.86.

⁵⁶⁴ BARBOU DES PLACES, « La non-discrimination entre les européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l'Union ? », *op. cit.*, p.197.

⁵⁶⁵ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p.5.

⁵⁶⁶ S. BARBOU DES PLACES, « La non- discrimination entre les européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l'Union ? », *op. cit.*, p.196.

relier directement ce principe à la citoyenneté de l'Union. Cette « première révolution »⁵⁶⁷ jurisprudentielle a conduit à consacrer le principe selon lequel tous les citoyens de l'Union ont le droit de ne pas subir de non-discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application du traité, quand bien même ils ne seraient pas des travailleurs. Ce principe est issu de l'arrêt *Martinez Sala*⁵⁶⁸, dans lequel la Cour relie pour la première fois le statut de citoyen de l'Union au principe de non-discrimination du fait de la nationalité. Elle affirme que « l'article 8-2 (article 20 TFUE) attache au statut de citoyen de l'Union les devoirs et les droits prévus par le traité, dont celui, prévu à l'article 6 du traité (article 18 TFUE) de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *rationae materiae* du traité »⁵⁶⁹. Pourtant, lors de la Conférence intergouvernementale de 1991, A. ILIOPOULOU constate que cette liaison, proposée par la Commission européenne, avait été refusée⁵⁷⁰. L'on peut ainsi estimer que l'apport de cet arrêt est doublement important. D'une part, la Cour a une lecture du Traité de Maastricht différente de ses rédacteurs. D'autre part, cette jurisprudence marginalise la mobilité strictement économique comme condition du déclenchement de l'application du principe de non-discrimination⁵⁷¹. Cette avancée jurisprudentielle est bien résumée par R. HERNU, l'auteur insistant justement sur le fait que « le statut de citoyen de l'Union procède d'une mutation originale d'opérateurs économiques soumis à un traitement juridique identique sur le marché, en individus titulaires de droits qu'ils doivent pouvoir exercer sans être victimes de discriminations »⁵⁷². Partant, le principe de non-discrimination inscrit à l'article 18 TFUE peut être invoquée par toute personne qui détient la qualité de citoyen de l'Union et sous la condition d'un séjour légal. Même si la Cour

⁵⁶⁷ D. MARTIN, « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *op. cit.*, p.89.

⁵⁶⁸ CJCE, 12 mai 1998, *Maria Martinez Sala contre Freistaat Bayern*, aff. C-85/96, *Rec.*, p. I-02691 (ci-après « arrêt *Martinez Sala* »). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de P. CABRAL, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts », *RMUE*, 1998, n° 3, p.254 ; L. IDOT, *Europe*, 1998, Juillet, Comm. n° 241, p.14 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1999, p.557 ; D. MARTIN, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *Revue de droit du travail*, 2012, p.339 ; A. WHELAN, *RAE*, 1999, p.228.

⁵⁶⁹ Point 62 de l'arrêt *Martinez Sala*, aff. C-85/96, précité.

⁵⁷⁰ A. ILIOPOULOU, « Citoyenneté européenne et principe de non- discrimination », *RAE*, 2011, n°1, p.51.

⁵⁷¹ J.-D. MOUTON, « Quelques réflexions sur l'Union européenne comme Union des citoyens à partir de la jurisprudence récente de la juridiction communautaire », in *Un droit pour des hommes libres. Etudes en l'honneur du professeur Alain Fenet*, Paris, Litec, 2008, p 350.

⁵⁷² R. HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne », *op. cit.*, p.44.

ne cesse pas de recourir à la qualité de travailleur⁵⁷³, cette jurisprudence permet au principe de non-discrimination de s'imposer comme un droit personnel du citoyen de l'Union⁵⁷⁴. Confirmée dans la jurisprudence ultérieure de la Cour⁵⁷⁵, le lien entre citoyen de l'Union et principe de non-discrimination, a été codifiée dans la directive 2004/38/CE qui affirme que : « Sous réserve des dispositions spécifiques expressément prévues par le traité et le droit dérivé, tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre dans le domaine d'application du traité »⁵⁷⁶. Le droit primaire, à l'occasion de la réforme du Traité de Lisbonne, a définitivement entériné cette évolution en reliant le principe de non-discrimination aux dispositions sur la citoyenneté de l'Union dans la deuxième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union s'intitulant désormais « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union ».

⁵⁷³ Voir D. MARTIN, « L'interdiction de discriminer en raison de la nationalité : quelques arrêts troublants », *RAE*, 2009-2010, p.237 et s.; S. BARBOU DES PLACES, « La non- discrimination entre les européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l'Union ? », *op. cit.*, pp.199-200 ; C. PICHERAL, « Du droit des citoyens de l'Union à la non- discrimination en matière de prestations sociales », *op. cit.*, pp.296 et s. : « Cette priorité se conçoit d'abord comme des raisons de méthode, en tant que les droits attachés à la qualité de travailleur font l'objet d'un régime spécial par rapport au régime général de la citoyenneté de l'Union. Elle se justifie ensuite par des considérations de fond, puisque ce régime spécial est a priori le plus favorable pour le titulaire du droit de séjour. Elle se manifeste enfin à travers les questions formulées par les juridictions nationales aussi bien qu'à travers les réponses fournies par la Cour de justice ».

⁵⁷⁴ C'est une conviction partagée notamment par A. ILIOPOULOU, « Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination », *op. cit.*, pp.51 et s. et S. BARBOU DES PLACES, « La non-discrimination entre les européens », *op. cit.*, p.199.

⁵⁷⁵ Voir, par exemple, CJCE, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec.*, p. I-07091, point 81. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de L. AZOULAI, *RAE*, 2001-02, p.1092 ; J.-M. BELORGEY, *AJDA*, 2003, p.1038 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003 p.596 ; CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, *Rec.*, p. I-06191. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003, p.596 ; CJCE, 23 mars 2004, *Brian Francis Collins contre Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-138/02, *Rec.*, p. I-02703 (ci-après «*arrêt Collins*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Le droit des citoyens de l'Union à une allocation de recherche d'emploi », *AJDA*, 2004 p.1084 ; C. BERTRAND, *RAE*, 2003-04, p.435 ; L. CORDIER-FERON, « Une grille de lecture pragmatique de la jurisprudence de la Cour relative à la liberté de circulation des travailleurs », *Gaz. Pal.*, 2005, I Jur., p.40 ; L. IDOT, « Prestations sociales. Retour sur les conséquences de la citoyenneté européenne: le ressortissant communautaire demandeur d'emploi dans un autre État membre peut se prévaloir du principe d'égalité de traitement en matière de prestations sociales », *Europe*, 2004, Mai, Comm. n° 134, p.20 ; F. KESSLER, « Les droits du chômeur ressortissant de l'Union européenne non indemnisé », *RJS*, 2004, p.442 ; E. MUIR, « Statut et droits du demandeur d'emploi-travailleur-citoyen: confusion ou rationalisation? », *RDUE*, 2004, n° 2, p.249.

⁵⁷⁶ Article 24 de la directive 2004/38/CE, précitée.

Certains élargissements du champ d'application matériel confirment également l'audace dont fait preuve la Cour de justice dans son interprétation très extensive du principe de non-discrimination. Elle a ainsi, au gré des affaires qui lui ont été présentées, reconnu au travailleur européen puis à tout citoyen de l'Union séjournant légalement sur le territoire de l'État d'accueil le droit à la non-discrimination dans de multiples domaines « allant –du berceau à la tombe» »⁵⁷⁷, tels que l'usage de la langue maternelle dans une procédure pénale⁵⁷⁸, la protection contre le risque d'agressions et l'octroi d'une compensation pécuniaire⁵⁷⁹ ou encore le droit à des prestations sociales⁵⁸⁰.

De l'ensemble de ces évolutions, M. BENLOLO-CARABOT en déduit que « la palette des droits accordés aux ressortissants européens dans les mêmes conditions que les nationaux dans l'État membre d'accueil démontre bien que le dépassement d'une approche rigoureusement économique sert de fil directeur au juge communautaire (...) »⁵⁸¹. La Cour participe notamment au développement d'une dimension sociale de la citoyenneté de l'Union en lui permettant d'accéder dans l'État d'accueil à des droits sociaux très larges,

Ces quelques exemples que l'on pourrait multiplier prouvent bien que l'acquisition de la citoyenneté de l'Union permet à l'étranger, devenu citoyen de l'Union, de voir sa situation se rapprocher de celle du national et, se singulariser de celle d'un étranger ordinaire. Cependant, il n'est pas possible d'évoquer une assimilation des statuts de national et de citoyen de l'Union.

⁵⁷⁷ Sur cet aspect, voir A. ILOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, op. cit., p. 48.

⁵⁷⁸ CJCE, 11 juillet 1985, *Ministère public contre Robert Heinrich Maria Mutsch*, aff. 137/84, *Rec.*, p.2681.

⁵⁷⁹ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

⁵⁸⁰ Voir par exemple, CJCE, 30 septembre 1975, *Anita Cristini contre Société nationale des chemins de fer français*, aff. 32/75, *Rec.*, p.1085 ; CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

⁵⁸¹ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.492.

SECTION 2. LE CITOYEN DE L'UNION, UN "QUASI-ÉTRANGER" DANS L'ÉTAT MEMBRE D'ACCUEIL

« La solidarité des ressortissants nationaux avec ceux des autres États membres n'est (...) pas inconditionnelle »⁵⁸² affirme ainsi L. AZOULAÏ. Les citoyens de l'Union ne doivent pas, en effet, exposer l'État membre d'accueil à des troubles excessifs au risque d'en être éloignés. Il demeure ainsi, un noyau dur de situations dans lesquelles le ressortissant d'État membre demeure traité comme un étranger. Ce constat valide alors la thèse de l'avocat général LA PERGOLA qui affirme que « le lien unissant les différents États membres avec leurs ressortissants est assurément plus étroit et, en tout état de cause, différent par rapport à celui que chaque État membre de la communauté a établi, par le biais du traité, avec les ressortissants des autres États membres »⁵⁸³. Elle confirme également celle de l'avocat général BOT, qui dans ses conclusions présentées sur l'affaire *Wolzenburg*⁵⁸⁴, précise que « le droit communautaire n'a pas pour objet d'abolir toute différence de traitement dans le droit d'un État membre entre les ressortissants de cet État et les autres citoyens de l'Union ». Deux limites aux principes de la libre circulation et de non-discrimination sont ainsi explicitement inscrites dans le traité : l'article 45 paragraphe 4 TFUE relatif aux « emplois dans l'administration publique » et les articles 45 paragraphe 3 et 52 paragraphe TFUE relatif à la réserve « d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». La première a été interprétée de manière si restrictive que le principe est désormais inversé dans les États. Les citoyens de l'Union ont le droit d'accéder à la fonction publique sauf pour les emplois dits de souveraineté⁵⁸⁵. En revanche, la seconde limite demeure « irréductible »⁵⁸⁶. Les ressortissants

⁵⁸² L. AZOULAÏ, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale, *op. cit.*, p.9.

⁵⁸³ Conclusions de l'avocat général M. LA PERGOLA présentées le 30 septembre 1999 sur l'affaire CJCE, 11 avril 2000, *Arben Kaba contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-356/98, point 48.

⁵⁸⁴ Conclusions de l'avocat général Y. BOT présentées le 24 mars 2009 sur l'affaire CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, aff. C-123/08, point 109.

⁵⁸⁵ L'article 45 TFUE précise que les dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs « ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ». Toutefois, les contours de la notion « emplois dans l'administration publique » ont été progressivement définie. Aujourd'hui, seuls les emplois « qui comportent une participation directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques et qui supposent, de ce fait, de la part de leurs titulaires, l'exercice d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que de la

des États membres bénéficient, en effet, uniquement d'une protection européenne maximale de tout éloignement du « territoire de l'Union »⁵⁸⁷, qui selon J. HEYMANN « se perçoit comme un tout unitaire et non comme la somme d'États membres pris dans leur singularité »⁵⁸⁸. Cet auteur interprète ainsi la solution issue de l'arrêt *Zambrano* comme garantissant au citoyen de l'Union « un droit au –territoire de l'Union», c'est-à-dire l'assurance qu'il n'aura pas à le quitter »⁵⁸⁹.

Si les citoyens de l'Union bénéficient d'un traitement assimilable aux nationaux de l'État membre d'accueil, seuls ces derniers sont titulaires du droit de se maintenir sur le territoire sans être exposés à l'obligation juridique de le quitter. En revanche, un citoyen de l'Union peut en être éloigné. Il n'a pas de réel « droit subjectif » à séjourner sur le territoire de l'État d'accueil⁵⁹⁰. Il convient donc de relativiser la dévaluation de la nationalité comme critère de différenciation entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres dès lors que le rapprochement entre leurs statuts ne fait pas disparaître la spécificité de ce droit attaché à la nationalité. La catégorie du citoyen de l'Union demeure marquée par une logique qui est une constante dans le droit des étrangers.

Le droit de séjour issu de la citoyenneté de l'Union n'est donc pas perpétuel⁵⁹¹, les États membres conservant la possibilité d'éloigner les ressortissants des autres États membres

réciprocité des droits et des devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité » (CJCE, 17 décembre 1980, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. 149/79, *Rec.*, p.3881, point 10), sont fermés aux citoyens de l'Union. Afin « d'inverser le principe » (Rapport du Sénat, n°251, par Mme J. GOURAULT, 16 mars 2005), l'article 5 bis de la loi française portant droits et obligations des fonctionnaires du 13 juillet 1983 (Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite Le Pors, JO du 14 juillet 1983, p.2174) ajouté par la loi du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique (loi n°91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JO du 14 juillet 1983, p.2174).

⁵⁸⁶ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p.679.

⁵⁸⁷ Point 44 de l'arrêt *Zambrano*, aff. C- 34/09, précité ; point 66 de l'arrêt *Dereci*, aff. C-256/11, précité : « Le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble ».

⁵⁸⁸ J. HEYMANN, « Libre circulation des personnes, citoyenneté européenne et situations purement internes », *RCDIP*, 2012, p.352 et s.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ D. LOCHAK, « L'étranger et les droits de l'homme », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement Moderne, 1981, pp.626-627.

⁵⁹¹ R. HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne », *op. cit.*, p.47.

de leur territoire. C'est là un élément particulièrement important démontrant qu'il reste appréhendé comme un étranger par l'État d'accueil (Paragraphe 1), mais un étranger qui demeure toutefois «privilegié». Comme le remarque S. LECLERC, « il y avait fort à craindre que la libre circulation des personnes soit très rapidement vidée de sa substance si on laissait aux États membres le soin de déterminer unilatéralement et sans contrôle l'étendue de telles réserves d'exception »⁵⁹² au séjour des «étrangers européens». C'est pourquoi la Cour de justice a développé une interprétation systématiquement restrictive du pouvoir d'appréciation des États membres quant aux dérogations au droit de séjour liées à la protection de l'ordre public national (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le citoyen de l'Union, un étranger comme les autres face à la définition nationale de l'ordre public

Une mesure d'expulsion « vise à sauvegarder l'ordre public en précipitant le départ d'une personne qui peut fort bien séjourner régulièrement dans le pays, mais dont l'attitude passée révèle une menace future pour la sécurité des biens et des personnes »⁵⁹³. Cette mesure incorporée traditionnellement dans la police administrative des étrangers (A) peut toujours être prononcée contre un «étranger européen» présentant un danger ou une menace grave contre l'ordre public de l'État d'accueil. La réserve d'ordre public marque alors une limite franche dans le processus d'assimilation de l'«étranger européen» au national (B).

⁵⁹² S. LECLERC, « Les limitations aux libertés de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : les apports de la directive 2004/38/CE », in S. LECLERC (dir.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2009, p.66.

⁵⁹³ V. TCHEN, *Droit des étrangers*, Paris, Ellipses, 2006, p.113.

A. L'ordre public, un motif permanent d'éloignement de l'étranger du territoire national

L'ordre public est un « motif quasi-permanent de restriction de police permettant d'écarter les droits et garanties des étrangers »⁵⁹⁴, et plus précisément de les expulser du territoire dès lors qu'ils y portent atteinte. Car, le national est toujours à l'abri d'une mesure d'expulsion de la part de l'État dont il a la nationalité. C'est ainsi que plusieurs conventions internationales consacrent ce principe d'interdiction de l'expulsion du national comme conséquence de l'attribution souveraine de la nationalité par l'État. Peut être cité le protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'Homme qui dispose en son article 3, paragraphe 1, que « Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est ressortissant »⁵⁹⁵. Ce principe figure également dans le Pacte international des droits civils et politiques à l'article 12, paragraphe 4, qui énonce que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ».

En revanche, l'étranger ne bénéficie pas de ce droit fondamental à ne pas être expulsé du territoire de l'État d'accueil, et ce même s'il y réside suffisamment longtemps et régulièrement. L'article 2 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'Homme précise ainsi que l'exercice de la libre circulation peut faire l'objet de restrictions « qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Cet article confirme que l'ordre public et le droit des étrangers sont étroitement liés, voire inséparables.

En effet, le premier imprègne le second. Il suffit pour s'en convaincre de comptabiliser le nombre de fois où cette notion est mentionnée dans le code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : une cinquantaine de fois. Notion omniprésente dans le droit

⁵⁹⁴ E. NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2006, p.317.

⁵⁹⁵ Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'Homme du 16 septembre 1963 (entré en vigueur le 2 mai 1968).

des étrangers, sa formulation n'est pas toujours identique dans les différents États membres. Mais, de manière générale, les législations nationales exigent toutes que l'étranger ne porte pas atteinte à l'ordre public. Sa protection est ainsi une préoccupation essentielle voire la principale du droit des étrangers, que ce soit pour l'accès au territoire national que pour le maintien sur celui-ci. D'une part, au moment de l'entrée sur le territoire, les autorités nationales peuvent prévenir le maintien de l'ordre public en refusant l'entrée de l'étranger sur son territoire. C'est ainsi, que l'article L.313-1 du CEDESA dispose que « l'accès au territoire français peut être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public (...) ». D'autre part, l'État peut décider unilatéralement d'expulser l'étranger de son territoire lorsque son maintien porte atteinte à l'ordre public national. En ce sens, l'article L-521-1 du CEDESA dispose que « (...) l'expulsion peut être prononcée si la présence en France d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public ».

Malgré la consécration du principe de libre circulation des citoyens de l'Union, les États membres conservent la possibilité d'invoquer le motif de l'ordre public comme moyen de limiter ce droit. Prévue dès l'origine par le traité⁵⁹⁶, la référence à cette notion inscrite dans le droit de l'Union relatif à la libre circulation des personnes vise, selon les mots de A. BERRANDANE, « la protection de l'ordonnement normatif et matériel des États qui viendrait à être affecté par les désordres, que risquerait de provoquer l'exercice des libertés prévues par les traités communautaires et de l'Union européenne »⁵⁹⁷.

Dans ce domaine, force est d'admettre avec M. BENLOLO-CARABOT que la nationalité « développe ses pleins effets exclusifs vis-à-vis des citoyens européens (...) jouant comme une rupture radicale de l'égalité, puisque, par essence même, les mesures d'ordre public ne s'appliquent sur le territoire d'un État qu'aux ressortissants des autres États membres »⁵⁹⁸. Il demeure une différence irréductible entre le national et l'étranger européen que le droit de l'Union ne remet pas en cause.

⁵⁹⁶ Dès le Traité de Rome de 1957, la réserve d'ordre public apparaît formellement. Ses articles 48 et 56 prévoyaient que des raisons d'ordre public pouvaient justifier certaines limitations aux libertés de circulation et d'établissement des ressortissants communautaires. Elles ont été reprises dans le TCE puis le TFUE aux articles 39 (article 45 TFUE) et 46 (article 52 TFUE).

⁵⁹⁷ A. BERRANDANE, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », *Territoires et liberté. Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.160.

⁵⁹⁸ M. BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p.683

Certains auteurs interprètent ce motif dérogatoire comme « une sorte d'enclave nationale au sein d'une liberté communautaire fondamentale »⁵⁹⁹ ou encore une « clause de rétention de souveraineté »⁶⁰⁰. A. BERRANDANE résume parfaitement cette situation en affirmant que « l'effeuillage du noyau dur de la souveraineté [la police des étrangers] va alors de pair avec le renforcement de l'armure de sauvegarde : sous la dénomination –ordre public— (...), les États membres peuvent aussi limiter directement ou indirectement l'exercice des libertés communautaires »⁶⁰¹. Concrètement, par cet « instrument de résistance »⁶⁰² qu'est l'ordre public, les États tentent de « reprendre d'une main ce qu'ils ont transféré de l'autre »⁶⁰³.

B. La soumission du citoyen de l'Union à la définition nationale de l'ordre public

Ce principe de la soumission du citoyen de l'Union à la définition nationale de l'ordre public trouve confirmation dans la jurisprudence de la Cour de justice qui a toujours reconnu la compétence des États pour la définition de leur ordre public et la possibilité de l'invoquer pour expulser les « étrangers européens ». Elle a ainsi affirmé qu'« il faut (...) reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par les traités »⁶⁰⁴ lorsqu'ils invoquent leur ordre public pour expulser les « étrangers européens ». Elle justifie ce principe en se fondant sur le fait que « les circonstances spécifiques qui pourraient

⁵⁹⁹ E. NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe*, *op. cit.*, p.160.

⁶⁰⁰ F. HUBEAU, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *CDE*, 1981, pp.207 et s.

⁶⁰¹ A. BERRANDANE, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », *op. cit.*, p.163.

⁶⁰² C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La Documentation Française, 2001, p.17.

⁶⁰³ A. BERRANDANE, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », *op. cit.*, p.169.

⁶⁰⁴ CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. C-36/75, *Rec.*, p.1231 (ci-après « arrêt *Rutili* »), point. 26. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de L. DUBOIS, « Le juge administratif français et les mesures de police prises à l'encontre des étrangers (à propos de trois décisions récentes) », *RCDIP*, 1976, p.301 ; G. LYON-CAEN, *RTDE*, 1976, p.141 ; D. SIMON, « Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. À propos de l'arrêt *Rutili* », *RMC*, 1976, p.201.

justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre »⁶⁰⁵. C'est pourquoi la Cour a toujours refusé de donner une définition proprement européenne de l'ordre public.

Comme le souligne M. GAUTIER, l'influence du droit de l'Union sur une notion nationale peut *a priori* s'exercer de deux manières. « D'une part, elle peut résulter de l'élaboration d'un concept européen qui se substitue (dans le champ d'application des droits européens- ou qui modifie –par capillarité– en dehors de ce champ d'application) le concept national équivalent. D'autre part, cette influence peut être exclusivement négative, c'est-à-dire que les droits européens peuvent refuser l'existence, au moins dans leur champ d'application, de tout ou partie d'un concept national »⁶⁰⁶. Concernant le concept de l'ordre public, le droit de l'Union n'a retenu aucune de ces voies. D'une part, si la doctrine s'interroge sur l'émergence d'un ordre public proprement européen en matière de libre circulation⁶⁰⁷, pour l'heure, il n'existe pas d'ordre public européen unifié. D'autre part, l'Union reconnaît et respecte les diverses définitions nationales de l'ordre public. C'est ainsi que l'avocat général MAYRAS affirme en 1974 « qu'en l'état actuel des choses et du droit (...) une telle notion demeure, actuellement du moins nationale, et cela est conforme à la réalité des choses »⁶⁰⁸.

Cette affirmation vaut encore aujourd'hui. Il est impossible de cerner une définition européenne de l'ordre public. La raison essentielle est simple. Cette notion a un contenu variable selon les États membres et variable également dans les États membres eux-mêmes. Il paraît donc difficile d'harmoniser cette notion dès lors que les États n'en ont pas la même définition. Dans ce sens, E. NERAUDAU-D'UNIENVIELLE prouve dans sa thèse, par une approche comparée de trois États membres, que rechercher une définition commune est un

⁶⁰⁵ CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. 41/71, *Rec.*, p.1337 (ci-après –arrêt *Van Duyn*–), point 18. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de R. CH. GOFFIN, *JDT*, 1975, p.154, G. LYON-CAEN, *RTDE*, 1976, p.141.

⁶⁰⁶ M. GAUTIER, « L'ordre public », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.320.

⁶⁰⁷ M.-C. BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle. Actes du colloque d'Avignon du 7 octobre 1994*, Paris, Dalloz, 1996, p.83 (« l'ordre public n'est pas une notion de droit communautaire ») ; F. HUBEAU, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *op. cit.*, pp.212 et s.

⁶⁰⁸ CJCE, 4 décembre 1974, *van Duyn*, aff. 41/71, précité.

exercice vain⁶⁰⁹.

La Cour de justice a d'ailleurs toujours refusé d'en donner une définition. Par exemple, dans l'arrêt *Procédure pénale contre Sami Heinonen*, les juges de l'Union y rappellent que « les États membres (...) restent seuls compétents pour le maintien de l'ordre public (...), [ils] jouissent d'une marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des particularités des contextes sociaux et de l'importance qu'ils attachent à un objectif légitime au regard du droit communautaire (...), les mesures qui sont de nature à parvenir à des résultats concrets »⁶¹⁰. M.-C. BOUTARD LABARDE constate cette absence de définition jurisprudentielle de l'ordre public en affirmant que « chercher dans les arrêts rendus, à définir l'ordre public en droit communautaire paraît vain »⁶¹¹. La Commission européenne elle-même reconnaît qu'une définition européenne n'est pas appropriée lorsqu'elle affirme « il n'y a pas lieu de limiter artificiellement la portée des concepts d'ordre public (...) en essayant d'en donner une définition exacte et complète. Une telle définition serait extrêmement malaisée à établir et n'aurait pas de véritable utilité »⁶¹². L'absence de définition dans les textes de l'Union et la jurisprudence de la Cour prouvent qu'en l'état du droit de l'Union, la dimension nationale de l'ordre public est indépassable. C'est pourquoi la Cour de justice renvoie systématiquement aux définitions nationales de l'ordre public.

Ce noyau dur de la souveraineté étatique reste intact, l'État étant seul compétent pour définir ce qui relève de son ordre public.⁶¹³ Certes, une marge d'appréciation est laissée aux États membres. Toutefois, elle l'est dans les limites imposées par le traité. Ainsi, le droit de l'Union encadre le recours étatique à la notion d'ordre public. Par conséquent, l'« étranger européen » est soumis à un droit spécial et privilégié, dérogoratoire du droit commun des étrangers face à l'ordre public de l'État membre d'accueil.

⁶⁰⁹ E. NÉRAUDAU-D'UNIENVIELLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe*, op. cit.

⁶¹⁰ CJCE, 15 juin 1999, *Procédure pénale contre Sami Heinonen*, aff. C-394/97, *Rec.*, p.03599. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de M. PIETRI, *Europe*, 1999, Août-Sept., *Comm.* n° 292, p.17.

⁶¹¹ M.-C. BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire », op. cit., p.85.

⁶¹² Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 19 juillet 1999 sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, COM(1999)372 final, p.8.

⁶¹³ G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, janv.-mars 2002, pp.3 et s.

Paragraphe 2. Le citoyen de l'Union, un étranger privilégié face à la mise œuvre étatique de l'ordre public

Comme toute exception à la libre circulation des citoyens de l'Union, la réserve d'ordre public inscrite dans le traité doit être mise en œuvre par les États conformément à un cadre contraignant imposé par le droit de l'Union (A). Il en ressort que le citoyen de l'Union bénéficie d'une protection plus forte que l'étranger ordinaire face à la possibilité d'une mesure d'éloignement qui serait prise par les autorités étatiques à son encontre (B).

A. L'encadrement de la compétence des États membres à user de la réserve d'ordre public à l'encontre des citoyens de l'Union

Certes, A. LYON-CAEAN soutenait en 1966 que la notion d'ordre public contenait « une réserve pratiquement indéfinie de souveraineté étatique »⁶¹⁴. Cette affirmation, s'il était vrai à cette date, doit être très largement nuancée aujourd'hui. C'est ainsi que A. BERRAMDANE affirme qu'elle est devenue « une soupape de sécurité, une marge de liberté autorisée par le droit communautaire, une sorte de subsidiarité qui trouve à s'appliquer dans le domaine des compétences exclusives et concurrentes des Communautés, permettant aux États de protéger ponctuellement certains intérêts jugés fondamentaux »⁶¹⁵.

L'encadrement de la compétence des États membres à user de la notion d'ordre public s'est ainsi progressivement imposé parce qu'une « utilisation abusive » de la notion d'ordre public⁶¹⁶, dont la définition est variable selon les États membres, aurait permis aux autorités nationales de verrouiller la libre circulation des personnes. Les États membres auraient pu, en effet, instrumentaliser cette réserve d'exception pour décourager l'entrée et le séjour des

⁶¹⁴ A. LYON- CAEN, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTDE*, 1966, p.693.

⁶¹⁵ A. BERRAMDANE, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », *op. cit.*, p.161.

⁶¹⁶ J.-M. LARRALDE, « La constitutionnalisation de l'ordre public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*. Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.236.

ressortissants des autres États membres, par exemple pour protéger leur marché du travail en période de crise économique⁶¹⁷.

Dès 1964, la directive 64/221/CEE⁶¹⁸ visant les ressortissants européens qui séjournent ou se rendent dans un autre État membre, soit pour exercer une activité salariée ou non salariée, soit en qualité de destinataires de services, ainsi qu'au conjoint et aux membres de la famille, tentait déjà de restreindre les prérogatives des États membres. Mais, parce qu'elle ne suffisait pas à protéger les «étrangers européens», cette directive a suscité une jurisprudence très dense dans les années 70 visant à enfermer la compétence étatique à prendre des mesures nationales d'ordre public dans un cadre européen contraignant. La Cour de justice, dans l'arrêt *Van Duyn* de 1974, a ainsi précisé que « la notion d'ordre public dans le contexte communautaire (...) doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté (...) il n'en reste pas moins que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à un autre et d'une époque à l'autre, et (...) il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »⁶¹⁹. Autrement dit, si la détermination du contenu de la notion d'ordre public ne peut être que nationale, un contrôle sur la portée d'une mesure nationale d'ordre public sur la liberté de circulation n'est pas écarté. La jurisprudence ultérieure⁶²⁰ en matière d'ordre public prouve la grande sévérité du juge de l'Union dans ce domaine. La justification de cette sévérité du juge est bien résumée par A. BARAV, l'auteur affirmant que « la supériorité normative de l'ordre juridique communautaire et l'impératif d'uniformité, inhérent à la nature même de la Communauté » exigent un encadrement de la compétence étatique⁶²¹.

⁶¹⁷ S. LECLERC, « Les limitations aux libertés de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : les apports de la directives 2004/38/CE », *op. cit.*, p.66.

⁶¹⁸ Directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, JO n°056 du 4 avril 1964, p.850 (abrogée par le directive 2004/38/CE).

⁶¹⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *van Duyn*, aff. 41/71, point 18.

⁶²⁰ Voir notamment, CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, précité.

⁶²¹ A. BARAV, « La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir de sanction des États membres. À propos de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1977, p.721 et s.

La jurisprudence de la Cour a été codifiée dans la directive 2004/38/CE⁶²² qui ne modifie pas la marge de manœuvre reconnue aux États. Par exemple, elle confirme en son article 27, à propos des motifs d'ordre public pouvant être invoqués par les États membres, la solution issue de l'arrêt *Bouchereau*⁶²³ qui exige une individualisation de la menace pour l'ordre public. Plus précisément, le comportement personnel menaçant doit présenter « une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ». Ce même article reprend le principe posé dans l'arrêt *Bonsignore*⁶²⁴ en précisant que « des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues ». Les exemples pourraient être multipliés. La directive reprend l'essentiel de la jurisprudence de la Cour. Cependant, la directive 2004/38/CE innove en renforçant avec la durée de résidence de l'étranger européen sur le territoire de l'État membre d'accueil. Elle instaure de nouvelles dispositions qui renforcent la protection des «étrangers européens» puisque celle-ci s'accroît avec la durée de résidence dans l'État d'accueil. Avant l'acquisition d'un droit de séjour permanent, l'article 28 paragraphe 1 pose le principe selon lequel l'État d'accueil doit tenir compte notamment de la durée du séjour de l'intéressé, son âge, son état de santé, sa situation familiale et économique, son intégration sociale et culturelle, l'intensité des liens avec son pays d'origine, qu'avant de prendre une mesure d'éloignement. Ces critères nouveaux dans la directive 2004/38/CE n'empêchent pas l'éloignement, ils obligent seulement l'État à apprécier au cas par cas les situations. Après l'acquisition du droit de séjour, l'article 28 paragraphe 2 limite la possibilité pour un État membre d'éloigner un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille, c'est-à-dire qui y ont résidé pendant au moins cinq ans. Dans une telle situation, une mesure d'éloignement ne peut être fondée qu'en présence de « motifs graves d'ordre public ou de sécurité publique ». Après dix ans de résidence, l'article 28 paragraphe 3 interdit l'État membre d'éloigner un citoyen de l'Union ou mineurs sauf pour des « raisons impérieuses de sécurité publique », notion qui est beaucoup plus stricte que celle de « motifs graves ». Par ce

⁶²² Chapitre VI de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁶²³ CJCE, 27 octobre 1977, *Régina contre Pierre Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.*, p.1999. Sur cet arrêt, voir notamment, A. Barav, « la procédure communautaire de renvoi préjudiciel, l'assistance judiciaire gratuite et les tribunaux britanniques. a propos de l'affaire bouchereau », *JDT*, 1977, p.706 ; R. KOVAR, *JDI*, 1978, p.953.

⁶²⁴ CJCE, 26 février 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore contre Oberstadtdirektor der Stadt Köln.*, aff. 67/74, *Rec.*, p.297. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de G. LYON-CAEN, *RTDE*, 1976, p.141 ; C. TOMUSCHAT, « L'ordre public, menacé pour la libre circulation ? », *CDE*, 1975, p.302.

paragraphe, la directive instaure donc une protection très renforcée pour l'«étranger européen» puisque l'État voit sa capacité souveraine de l'éloigner considérablement diminuée par le droit de l'Union. En somme, plus le degré de son intégration dans l'État d'accueil est élevé, moins un citoyen de l'Union encourt le risque d'une expulsion qui doit être exceptionnelle.

Sur la notion « raisons impérieuses de sécurité publique » consacrée à l'article 28, paragraphe 3, la première interprétation de la Cour à propos de cette notion a été rendue dans l'arrêt *Tsakouridis*⁶²⁵ à propos d'une mesure d'éloignement prise à l'encontre un ressortissant grec séjournant depuis plus de dix ans en Allemagne. Ce dernier a perdu son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de cet État membre en raison d'une condamnation pour trafic de stupéfiants en bande organisée. La question posée au juge de l'Union est relativement simple. La lutte contre la criminalité liée au trafic de stupéfiants en bande organisée peut-elle constituer une « raison impérieuse de sécurité publique » justifiant l'éloignement d'un «étranger européen» résidant de longue durée sur le territoire de l'État membre d'accueil ? Alors que la directive 2004/38/CE est censée protéger le citoyen de l'Union de manière accrue, la Cour donne une interprétation restrictive de cette protection. Elle considère que la lutte contre la criminalité liée au trafic de stupéfiants en bande organisée est susceptible de relever d'une raison impérieuse de sécurité publique⁶²⁶. L'État membre doit toutefois avancer « de très solides raisons pour justifier la mesure d'éloignement »⁶²⁷. Il doit ainsi tenir compte de la solidité des liens sociaux-culturels et familiaux avec l'État membre d'accueil. En d'autres termes, l'État doit évaluer l'intégration réelle de l'«étranger européen» dans la société.

La seconde affaire, *P. I.*⁶²⁸, est plus sensible. Elle est relative à une mesure d'expulsion

⁶²⁵ CJUE, 23 novembre 2010, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, aff. C-145/09, *Rec.*, p. I-11979 (ci-après «arrêt *Tsakouridis*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyen de l'Union - Eloignement du territoire », *AJDA*, 2011, n°5, p.265 ; F. KAUFF-GAZIN, « Libre circulation des personnes. Ordre public », *Europe*, 2011, Janvier, Comm. n°1, p.14.

⁶²⁶ Point 56 de l'arrêt *Tsakouridis*, aff. C-145/09, précité.

⁶²⁷ Point 53 de l'arrêt *Tsakouridis*, aff. C-145/09, précité.

⁶²⁸ CJUE, 22 mai 2012, *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, non encore publié au Recueil (ci-après «arrêt *P.I.*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. BENLOLO-CARABOT, « Liberté de circulation des citoyens européens : -Raisons impérieuses de sécurité publique», protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité, et justice », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 1^{er} juin 2012 ; J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013, n° 197, p.103 ; R. GRAND, « Raison impérieuse justifiant l'éloignement d'un ressortissant de l'Union européenne », *AJDA*, 2012 p.1034 ; H. LABAYLE, « Le chaînon manquant : quand la Cour de justice établit le

allemande à l'encontre d'un ressortissant italien condamné pénalement par cet État où il réside depuis plus de dix ans pour avoir commis des agressions sexuelles sur une mineure. L'avocat général M. BOT a considéré que « si repoussant qu'il soit »⁶²⁹, ce comportement criminel ne constitue pas pour autant une telle raison impérieuse de sécurité publique sous peine de généraliser la possibilité d'éloigner un citoyen de l'Union en raison du caractère objectif de l'infraction pénale. Il a ajouté que l'espace de liberté, sécurité et de justice « ne saurait se construire sur la base d'un renvoi dans l'État membre d'origine de tout délinquant sévèrement puni, sur le seul motif de la sanction »⁶³⁰. La Cour n'a pas retenu cette approche de la notion de raison impérieuse de sécurité publique. Si elle refuse toute définition unilatérale des États membres, elle intègre toutefois au sein de la notion de « raison impérieuse de sécurité publique », cette condamnation pénale. Pour ce faire, elle se fonde sur l'article 83 paragraphe 1 TFUE qui énumère les domaines de criminalité particulièrement graves revêtant une dimension transfrontalière dans lesquels le législateur de l'Union peut intervenir. Elle en déduit que les États membres peuvent considérer que des infractions pénales telles que celles figurant cet article constituent « une atteinte particulièrement grave à un intérêt fondamental de la société, susceptible de représenter une menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population », relevant de fait de la notion de « raisons impérieuses de sécurité publique » pouvant justifier une mesure d'éloignement au titre de l'article 28, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CE⁶³¹. La façon selon laquelle de telles infractions ont été commises doit toutefois présenter des caractéristiques particulièrement graves que le juge national doit vérifier sur le fondement d'un examen individuel du cas d'espèce dont elle est saisie⁶³².

Ces jurisprudences démontrent que si la notion d'ordre public est difficile à définir dans l'ordre juridique de l'Union, le droit de l'Union encadre toutefois la compétence des États à user de cette notion à l'encontre des « étrangers européens ». Ces derniers bénéficient

lien entre citoyenneté de l'Union, sécurité publique et Espace de liberté », <http://www.gdr-elsj.eu/en/2012/05/28/elsj-en-2/la-chainon-manquant-quand-la-cour-de-justice-etablit-le-lien-entre-citoyennete-de-lunion-securite-publique-et-espace-de-liberte-2/>; F. PICOD, « Eloignement d'un citoyen de l'UE consécutif à des viols répétés sur mineur », *JCP G*, 2012, n° 22, p.1060 ; A. RIGAUX, « Mesure d'éloignement, sécurité publique et libre circulation des personnes », *Europe*, 2012, Mai, Comm. n° 7, p.269.

⁶²⁹ Conclusions de l'avocat général Y. BOT présentées le 6 mars 2012 dans l'affaire CJUE, 22 mai 2012, *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, point 44.

⁶³⁰ Point 46 de l'arrêt *P.I.*, aff. C-348/09, précité.

⁶³¹ Point 28 de l'arrêt *P.I.*, aff. C-348/09, précité.

⁶³² Point 28 de l'arrêt *P.I.*, aff. C-348/09, précité.

ainsi d'un traitement plus favorable que l'étranger ordinaire.

B. Un traitement plus favorable que l'étranger ordinaire

Concernant les étrangers ordinaires, ils relèvent en principe de la compétence des États membres et de l'application discrétionnaire de cette notion par les autorités nationales sans qu'aucun encadrement issu du droit de l'Union ne vienne bousculer cette compétence. L'État peut donc décider l'éloignement de l'étranger ordinaire sur le fondement de sa législation nationale et donc de son ordre public.

Cependant, certains ressortissants d'État tiers sont également protégés par le droit de l'Union. C'est le cas des membres de la famille du citoyen de l'Union, ressortissants d'États tiers, qui bénéficient par ricochet d'une protection équivalente⁶³³. C'est le cas également des ressortissants de l'AELE et des suisses. Par contre, pour les turcs, si la Cour tient à leur rencontre un raisonnement analogue avec la liberté de circulation des citoyens de l'Union, le rapprochement n'est pas toujours absolu. C'est particulièrement le cas de l'ordre public. La Cour a ainsi affirmé que ces « deux régimes juridiques (...) ne sauraient être considérés comme équivalents, de sorte que le régime de protection contre l'éloignement dont bénéficient les citoyens de l'Union (...) ne peut être appliqué *mutatis mutandis* pour les besoins de la détermination du sens et de la portée » de la réserve d'ordre public de la décision 1/80⁶³⁴.

Reste la directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée qui consacre protection minimale contre l'éloignement⁶³⁵ en comparaison avec celle qui est offerte aux ressortissants des États membres. Pour les premiers, la menace doit être « réelle et suffisamment grave pour l'ordre public et la sécurité publique ». Pour les seconds qui résident de manière permanente, ils ne peuvent être expulsés que pour des « raisons

⁶³³ Considérant 23 et chapitre VI de directive 2004/38/CE, précitée.

⁶³⁴ CJUE, 8 décembre 2011, *Nural Ziebell contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-371/08, *Rec.*, p. I-12735, point 74. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de V. MICHEL, « Différenciation nette du citoyen européen et du ressortissant d'État tiers associé », *Europe*, 2012, Février, Comm. n° 2, p.26.

⁶³⁵ Article 12 de la directive 2003/109/CE, précitée.

impérieuses de sécurité publique ». Force est de reconnaître qu'il y a une différenciation nette avec ces deux catégories. Pour les autres catégories d'étrangers ordinaires, les directives relatives à l'immigration et à l'asile contiennent toutes des clauses dites «ordre public» qui permettent aux États membres de procéder au retrait du titre de séjour et d'éloigner les ressortissants des États tiers sans que le droit de l'Union ne puisse s'immiscer.

L'on constate ainsi une gradation de la protection des étrangers contre l'expulsion. Les ressortissants des États membres et «assimilés» bénéficient d'une protection maximale dès lors que l'éloignement devient l'exception et la liberté de circulation le principe. Les étrangers ordinaires bénéficient d'une protection soit encadrée *a minima* par le droit de l'Union lorsqu'ils résident légalement sur le territoire de l'Union soit aucune.

En raison de l'assimilation progressive du statut du national et de l'«étranger européen», le doute n'est pas permis quant au fait que l'État membre perd progressivement la maîtrise des effets de la nationalité face à cette catégorie nouvelle. Le droit de l'Union emporte une mutation de la catégorie nationale de l'étranger en l'imputant de tout un groupe de personnes : les ressortissants des autres États membres. Il y a bien une re-catégorisation de l'étranger devenu citoyen de l'Union. Ce constat fait alors dire à J.-S. BERGÉ et S. ROBIN OLIVIER que le droit de l'Union, et plus précisément l'exigence de non-discrimination « place les citoyens de l'Union dans une situation intermédiaire : un «tiers»-statut, proprement européen, à mi-chemin entre celui du national et de l'étranger »⁶³⁶.

Cependant, ce «tiers» est-il seulement moins qu'un national et plus qu'un étranger ordinaire ? Une analyse plus poussée de sa situation révèle deux paradoxes tout à fait frappants qui conduisent à inverser la logique inhérente à la distinction entre le national et l'étranger qui est fondée sur la nationalité.

⁶³⁶ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, coll. Thémis / Droit, 2^{ème} éd., 2011, p.167.

CHAPITRE 2

UNE FONCTION DISTINCTIVE INVERSÉE

Le principe européen de non-discrimination tel qu'il est défini à l'article 18 TFUE⁶³⁷ ne protège que les citoyens de l'Union contre les discriminations dont ils pourraient faire l'objet de la part de l'État membre d'accueil qui traiterait son national de manière plus favorable. Il résulte de ce principe deux conséquences paradoxales qui conduisent *in fine* à inverser la logique inhérente à la distinction fondée sur la nationalité entre, d'une part, le national et l'étranger et d'autre part, le citoyen de l'Union et le ressortissant d'État tiers.

Tout d'abord, un citoyen de l'Union peut être mieux traité que le national de l'État membre d'accueil qui ne peut en principe invoquer les dispositions du droit de l'Union qui lui seraient plus favorables. Cette hypothèse, certes marginale, peut cependant être atténuée, soit à l'initiative des États membres, soit à l'initiative des institutions de l'Union (Section 1). D'autre part, et plus surprenant, le citoyen de l'Union, pourtant devenu un étranger privilégié dans l'État membre d'accueil, peut être moins bien traité qu'un étranger ordinaire. Pourtant, la volonté des rédacteurs du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est logiquement de conférer aux citoyens de l'Union se déplaçant sur le territoire de l'Union un statut plus privilégié que les ressortissants des États tiers dans l'État membre d'accueil. Ce traitement préférentiel du citoyen de l'Union a d'ailleurs été validé par la Cour européenne des droits de l'Homme⁶³⁸. Cependant, dans des cas résiduels, l'acquisition de la citoyenneté de l'Union peut rendre plus vulnérable l'étranger qui se trouve alors dans une situation moins favorable que l'étranger ordinaire dans l'État membre d'accueil (Section 2).

⁶³⁷ Article 18 TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

⁶³⁸ CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, n°12313/86, point 18.

SECTION 1. LES DISCRIMINATIONS À REBOURS “NATIONALES”

La nationalité comme critère de différenciation entre le national et l'étranger dans les États membres est dévaluée par le droit de l'Union dès lors qu'il n'y a plus de « correspondance automatique entre le contenant [national] et le contenu [droits et obligations mentionnées dans les réglementations nationales] puisque ce contenu est désormais accessible [aux étrangers, devenus citoyens de l'Union] »⁶³⁹. Par conséquent, la logique inhérente à la distinction entre le national et l'étranger est remise en cause dès lors que le second accède aux droits traditionnellement réservés au premier. Il advient même que cette logique soit totalement inversée lorsque le citoyen de l'Union se trouve dans une situation plus favorable que le national de l'État membre d'accueil.

En effet, le droit de l'Union n'a pas vocation à unifier le traitement accordé à l'ensemble des citoyens de l'Union. Les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en matière de libre circulation des personnes, y compris celles relatives à la citoyenneté de l'Union, ne sont pas pour l'essentiel applicables dans les situations purement internes à un État. Par conséquent, les relations d'un ressortissant avec son propre État d'allégeance ne sont pas incluses dans le champ d'application du droit de l'Union. Relevant d'ordres juridiques distincts, il n'est donc pas toujours possible de comparer la situation d'un national à celle d'un citoyen de l'Union dans l'État d'accueil. Il existe ainsi des hypothèses dans lesquelles un national peut être soumis à des mesures nationales plus strictes, le droit de l'Union ne le protégeant pas contre les discriminations dont ils pourraient faire l'objet de la part de son État de nationalité par rapport aux citoyens de l'Union⁶⁴⁰ (Paragraphe 1). Ce principe selon lequel le national puisse être soumis à des règles plus rigoureuses que le citoyen de l'Union migrant peut être atténué de deux manières. La première, à l'initiative des États eux-mêmes, consiste à aligner le droit applicable aux nationaux sur celui des citoyens de l'Union mobile. La seconde, imposée par le droit de l'Union, consiste à assimiler un national

⁶³⁹ S. BARBOU DES PLACES, « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *op. cit.*, p.41.

⁶⁴⁰ CJCE, 15 janvier 1986, *Derrick Guy Edmund Hurd contre Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. 44/84, *Rec.*, p.29 (ci-après «arrêt Hurd»), considérant 56.

à un citoyen de l'Union mobile voire à le « désassujettir »⁶⁴¹ au profit du droit d'un autre État membre. (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les hypothèses de traitement plus favorable du citoyen de l'Union

Le principe selon lequel l'État membre doit soumettre le citoyen de l'Union d'un autre État membre au traitement national qu'il accorde à ses propres ressortissants connaît des exceptions. En effet, comme l'affirme R. BLASSELLE, le principe de non-discrimination « ne s'identifie pas toujours avec l'application du traitement national à la situation de l'intéressé : il implique aussi que les dispositions du droit national soient parfois écartées pour les ressortissants d'un autre État membre. À moins que dans l'un et l'autre cas la solution inverse ne soit objectivement justifiée, il est, en effet, aussi discriminatoire d'appliquer des règles différentes à des situations comparables, que d'appliquer la même règle à des situations différentes »⁶⁴². Ainsi, il advient que l'État membre d'accueil doive, soit appliquer au ressortissant d'un autre État membre un traitement harmonisé, soit lui reconnaître le traitement qu'il a acquis antérieurement dans son État d'origine (A). Face à ces discriminations à rebours entre citoyens de l'Union sédentaires et citoyens de l'Union migrants, la Cour de justice est indifférente (B).

A. Les cas de discriminations à rebours entre le national et le citoyen de l'Union

Deux exceptions au principe du traitement national du citoyen de l'Union migrant peuvent être identifiées. L'État doit, dans certaines hypothèses, écarter ce principe au profit du principe de la reconnaissance mutuelle (1) ou d'un traitement harmonisé au niveau

⁶⁴¹ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p.2.

⁶⁴² R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Tome II A, Paris, Publisud, coll. Manuel 2000, 2005, p.135.

de l'Union (2).

1. L'application par l'État membre d'accueil du principe de reconnaissance mutuelle

En présence d'une disposition nationale jugée incompatible avec une liberté de circulation garantie par le droit de l'Union, l'État membre concerné ne peut plus l'appliquer aux citoyens de l'Union qui se déplacent sur son territoire. Il peut cependant continuer à l'appliquer aux nationaux sédentaires, qui subissent par conséquent une discrimination à rebours si la disposition nationale en cause leur est moins favorable. Cette hypothèse se retrouve fréquemment dans les domaines de la formation, des diplômes ou des qualifications professionnelles. En matière de libre circulation des travailleurs, la règle du traitement national contraint les États membres à appliquer aux citoyens de l'Union les mêmes conditions d'accès et d'exercice à une activité économique que leurs nationaux. Toute discrimination fondée sur la nationalité est alors interdite par le droit de l'Union. Cependant, cette règle du traitement national peut parfois gêner la circulation des citoyens de l'Union. C'est le cas lorsque l'exercice d'une profession est subordonné dans l'État d'accueil à l'obtention d'un diplôme particulier. Or, exiger d'un citoyen de l'Union qu'il obtienne ce diplôme pour exercer une profession dans l'État d'accueil alors même qu'il est titulaire d'un diplôme équivalent obtenu dans son État d'origine peut être constitutif d'une discrimination indirecte dès lors qu'il est soumis à l'exigence d'obtenir un nouveau titre, ce qui le place *in fine* dans une situation moins favorable que les nationaux.

En l'absence d'harmonisation et de coordination, la Cour de justice a, dans un premier temps, admis, conformément au principe du traitement national, qu'« en l'absence d'harmonisation des conditions d'accès à une profession, les États membres sont en droit de définir les connaissances et qualifications nécessaires à l'exercice de cette profession et d'exiger la production attestant la possession de ces connaissances et qualifications »⁶⁴³. La

⁶⁴³ CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contre Georges Heylens et autres*, aff. C-222/86, *Rec.*, p.4097, point 10. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. III.- Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1988, p.517 ; L. DUBOUIS, « À propos de deux principes généraux du droit communautaire (droit au contrôle juridictionnel

reconnaissance des qualifications professionnelles ne pouvait alors résulter que de dispositions du droit dérivé ou de dispositions nationales assurant cette reconnaissance. Dans de telles circonstances, les possibilités d'accès pour un citoyen de l'Union à l'exercice d'une profession dans l'État membre d'accueil étaient particulièrement restreintes.

Ensuite, la Cour de justice a développé une jurisprudence fondée sur la nécessité de supprimer les entraves à la liberté de circulation ayant pour objet la condamnation de toutes les entraves qui ne seraient pas justifiées par des exigences impérieuses. À cet égard, l'avocat général VAN GERVEN a justifié cette évolution jurisprudentielle qui correspond à des solutions consacrées dans le domaine de la libre circulation des services et des marchandises, imposant aux États membres de prendre en compte le respect d'exigences comparables dans l'État de provenance des personnes ou des marchandises⁶⁴⁴. La Cour de justice a ainsi considéré qu'il convenait « de constater que des conditions nationales de qualification, même appliquées sans discrimination tenant à la nationalité, [pouvaient] avoir pour effet d'entraver l'exercice, par les ressortissants des autres États membres, du droit d'établissement qui leur est garanti par l'article 52 du traité. Tel pourrait être le cas si les règles nationales en question faisaient abstraction des connaissances et qualifications déjà acquises par l'intéressé dans un autre État membre »⁶⁴⁵. Elle a dès lors exigé des États membres qu'ils prennent en compte les qualifications et l'expérience professionnelle acquises dans les autres États membres et apprécient leur équivalence avec celles qu'ils exigent pour leurs nationaux⁶⁴⁶.

Il y a donc bien un dépassement potentiel de la règle du traitement national car

effectif et motivation des décisions des autorités nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire) », *RFDA*, 1988, p.69 ; J. MAURO, *Gaz. Pal.*, 1988, II Som., p.423. Voir également CJCE, 7 mai 1991, *Irène Vlassopoulou contre Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, aff. C-340/89, *Rec.*, p. I-2357 (ci-après «*arrêt Vlassopoulou*»), point 9. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1992, p.441. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de A. CARNELUTTI, *Gazette du Palais*, 1992, I, Jur., p.196 ; PH. GOSSERIES, « Effectivité de l'Europe sociale. Principes et limites de la libre circulation des personnes et des travailleurs et de la sécurité sociale des migrants », *JTDE*, 1991, p.389 ; J.-G. HUGLO, « La reconnaissance mutuelle des diplômes et des titres universitaires dans la jurisprudence communautaire », *Gaz. Pal.*, 1995, III, Doct., p.668.

⁶⁴⁴ Conclusions de l'avocat général W. VAN GERVEN présentées le 28 novembre 1990 dans l'affaire CJCE, 7 mai 1991, *Irène Vlassopoulou contre Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, aff. C-340/89.

⁶⁴⁵ Point 15 de l'arrêt *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, précité.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

l'étranger, devenu citoyen de l'Union, peut ne pas se voir appliquer la législation nationale alors que les nationaux y restent soumis. Il en résulte que si l'État membre d'accueil conserve sa compétence pour subordonner l'accès à une profession à un diplôme, il doit toutefois mettre en place un système permettant d'évaluer et de reconnaître l'équivalence entre la formation obtenue dans un autre État membre et celle exigée par la législation nationale. Et, en cas de correspondance partielle, l'État peut exiger la preuve que le citoyen de l'Union a obtenu les qualifications manquantes en suivant des études complémentaires ou par expérience professionnelle. En cas de correspondance totale, l'État doit reconnaître l'équivalence du diplôme étranger avec le diplôme national. Si cette conception jurisprudentielle de la reconnaissance mutuelle en matière d'accès à une activité économique reconnaît un pouvoir d'appréciation des États, il n'empêche que dans certains cas, le citoyen de l'Union migrant peut échapper à la règle du traitement national et bénéficier d'un droit acquis dans son État d'origine.

Parallèlement à cette jurisprudence, l'Union européenne a adopté des directives d'harmonisation et de coordination pour supprimer la divergence des exigences nationales en établissant des règles communes ou pour coordonner les législations nationales en élaborant des mécanismes de reconnaissance mutuelle⁶⁴⁷. Par exemple, la directive 82/489/CEE du Conseil du 19 juillet 1982⁶⁴⁸ permet aux citoyens de l'Union d'ouvrir un salon de coiffure et d'exercer la profession dans l'État membre d'accueil au terme de six années d'expérience

⁶⁴⁷ Le système général de reconnaissance des qualifications professionnelles a d'abord fait l'objet de trois directives (directive 89/48 du 21/12/1988 sur la reconnaissance des diplômes, certificats et titres de l'enseignement supérieur long, directive 92/51 du 18 juin 1992 sur la reconnaissance des diplômes, certificats et titres autres que ceux de l'enseignement supérieur long et directive 1999/42 instaurant un mécanisme de reconnaissance des qualifications pour l'artisanat, le commerce et certains services). À ces textes généraux s'ajoutaient des textes sectoriels qui régissaient des professions spécifiques (médecins, infirmiers, dentistes, vétérinaires, architectes, etc.). Ces différents textes sont à présent regroupés en une seule directive, la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO L 255 du 30 septembre 2005, p.22. Seules les directives particulières applicables aux avocats (directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, JO L 78 du 26 mars 1977, p.17 ; directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, JO L 77 du 14 mars 1998, p.36) n'ont pas été reprises (elles ne sont pas relatives à la reconnaissance des qualifications professionnelles, mais à la reconnaissance de l'autorisation d'exercer).

⁶⁴⁸ Directive 82/489/CEE du Conseil, du 19 juillet 1982, comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services des coiffeurs, JO L 218, p.24.

professionnel. La réglementation française exige en revanche pour ses nationaux l'obtention d'un diplôme spécifique. Par conséquent, un français qui a six ans d'expérience en France mais qui ne possède pas ce diplôme ne peut pas ouvrir un salon. En revanche, le ressortissant d'un autre État membre peut le faire sur la base de sa seule expérience de six années en coiffure. Des français peuvent donc être victimes d'une discrimination à rebours. Et, le droit de l'Union est indifférent. C'est ainsi que la Cour de justice, saisie à titre préjudiciel par le Tribunal de grande instance de Charleville-Mézières sur l'interprétation de cette directive, a conclu que « la directive 82/489, doit être interprétée en ce sens qu'[elle] ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui, pour l'exploitation d'un salon de coiffure, exige des ressortissants de cet État membre la possession d'un diplôme, alors qu'elle permet aux coiffeurs ressortissants des autres États membres d'exploiter un salon de coiffure sans être titulaires d'un tel diplôme (...) »⁶⁴⁹. Dans le même sens, la Cour de justice n'a pas condamné le traitement moins favorable d'enseignants britanniques d'une école européenne en Angleterre qui ne bénéficiaient pas comme leurs collègues, ressortissants des autres États membres, d'une exonération d'impôt sur le revenu⁶⁵⁰. Les juges ont, en effet, estimé que le droit de l'Union n'imposait pas à un État membre d'assurer l'égalité de traitement à des nationaux qui, faute d'avoir exercé le droit de libre circulation, ne relève pas du droit de l'Union.

L'État membre peut ainsi être obligé de traiter plus favorablement le ressortissant d'un autre État membre que le national dudit État lorsqu'il doit lui reconnaître un droit acquis dans son État d'origine. Un traitement préférentiel peut être également lui être accordé lorsque le droit qu'il invoque a fait l'objet d'une harmonisation européenne.

2. L'application par l'État membre d'accueil d'un traitement harmonisé au niveau de l'Union européenne

En présence de droits faisant l'objet d'une harmonisation européenne, l'État membre

⁶⁴⁹ CJCE, 16 février 1995, *Procédures pénales contre Jean-Louis Aubertin, Bernard Collignon, Guy Creusot, Isabelle Diblanc, Gilles Josse, Jacqueline Martin et Claudie Normand*, aff. C-29/94, 30/94, 31/94, 32/94, 33/94, 34/94 et 35/94, *Rec.*, page I-00301.

⁶⁵⁰ CJCE, 15 janvier 1986, *Hurd*, aff. C-44/84, précité.

d'accueil doit accorder aux citoyens de l'Union se déplaçant sur son territoire, non plus le traitement qu'il réserve à ses nationaux, mais un traitement –européanisé”. Or, il est de plus en plus fréquent que les règles nationales soient plus sévères que les règles issues du droit de l'Union. Cet « effet paradoxal (pervers ?) consistant en ce que le traitement réservé aux ressortissants d'un État membre de l'Union européenne est moins favorable que celui dont bénéficient ceux des autres États, en application des règles communautaires »⁶⁵¹ conduit alors à discriminer le national sédentaire qui n'a pas usé de sa liberté de circulation. C'est notamment le cas du regroupement familial défini dans la directive 2004/38/CE qui est facilité pour les citoyens de l'Union migrants souhaitant l'obtenir pour un membre de leur famille dans l'État membre d'accueil. Les droits conférés pour les membres de la famille, particulièrement ceux qui sont des ressortissants de pays tiers, sont souvent plus importants et avantageux que ceux prévus par le droit national de l'immigration. Il advient par conséquent que certains citoyens de l'Union, face à un droit national plus restrictif tentent d'«européaniser» leur situation afin de le contourner au profit du droit de l'Union⁶⁵². Ce mouvement harmonisateur du droit au regroupement familial des citoyens de l'Union conduit ainsi à la mise à l'écart de la règle du traitement national au profit d'une règle issue du droit de l'Union.

À titre d'illustration, la CIMADE et le GISTI avaient saisi le Conseil d'État⁶⁵³ pour annulation du décret n°2008-1115 du 30 octobre 2008 relatif à la préparation de l'intégration en France des étrangers souhaitant s'y installer durablement⁶⁵⁴. Ce décret prévoyait, entre autres, pour les étrangers membres de la famille d'un national l'obligation de suivre des opérations d'évaluation et de formation. La CIMADE arguait qu'il y avait une discrimination à rebours dès lors que les membres de la famille d'un citoyen de l'Union migrant n'étaient pas soumis à cette même obligation. Le Conseil d'État a cependant répondu que « l'éventuelle différence de traitement entre les citoyens de l'Union européenne n'ayant jamais exercé leur droit de libre circulation et ceux ayant exercé ce droit, s'agissant de l'entrée et du séjour des membres de leur famille, ne relève pas du champ d'application du droit communautaire » et

⁶⁵¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadriga, 2007, p.315.

⁶⁵² Voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁶⁵³ CE, 19 mai 2010, *Cimade et Gisti*, n°323758, aux tables considérant 19.

⁶⁵⁴ Décret n°2008-1115 du 30 octobre 2008 relatif à la préparation de l'intégration en France des étrangers souhaitant s'y installer durablement, JO n°256 du 1^{er} novembre 2008, p.16689.

conclu que « les dispositions de cette directive [2004/38/CE] ne peuvent donc pas être utilement invoquées à l'encontre du décret attaqué dont l'objet est uniquement de régir la situation purement interne des conjoints de Français ».

L'étranger, devenu citoyen de l'Union, ne se trouve donc pas toujours juridiquement dans une situation d'égalité parfaite avec le national de l'État membre d'accueil. Un Allemand séjournant par exemple en France peut ne pas bénéficier d'un traitement national égal au Français mais du même traitement appliqué à un Allemand séjournant en Espagne lorsque le droit invoqué par ces deux Allemands a fait l'objet d'une harmonisation européenne.

Ces deux exceptions qui permettent d'écarter le traitement national de l'étranger, devenu citoyen de l'Union, l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle, révèlent que les États membres se voient partiellement dessaisis de leur compétence lorsque le droit de l'Union impose soit un traitement harmonisé du ressortissant d'État membre quel que soit l'État membre d'accueil, soit l'obligation de reconnaître une situation acquise dans l'État membre d'origine. Le citoyen de l'Union migrant ne se trouve donc pas toujours dans une situation d'égalité parfaite avec le national, ce dernier pouvant alors faire l'objet d'une discrimination à rebours. Et, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ces discriminations à rebours lorsqu'elles touchent des nationaux qui ne se sont jamais placés dans le champ d'application du traité.

B. L'indifférence du droit de l'Union face aux discriminations à rebours entre le national et le citoyen de l'Union

Le droit de l'Union européenne n'est pas censé s'intéresser aux situations purement internes, c'est-à-dire à « des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État »⁶⁵⁵. J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER observent

⁶⁵⁵ Voir par exemple, CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, précité, point 77.

que « cette solution aboutit à priver les nationaux, demeurés sur son sol, des avantages offerts par le droit européen à leurs concurrents –européens» »⁶⁵⁶. La logique inhérente à la distinction traditionnelle entre le national et l'étranger peut par conséquent être inversée dès lors que l'étranger, devenu citoyen de l'Union, se trouve dans une situation plus favorable que le national.

« Malheur aux citoyens sédentaires puisque le droit européen relatif à la libre circulation des personnes ne s'applique pas aux situations purement internes »⁶⁵⁷, affirment ainsi J.-Y. CARLIER et G. BUSSCHAERT.

Ainsi, le droit de l'Union n'impose pas aux États membres d'assurer l'égalité de traitement entre les citoyens de l'Union et les nationaux, qui faute d'avoir migré, ne sont pas sujets du droit de l'Union. À titre d'illustration, dans l'arrêt *Hurd*⁶⁵⁸, à propos d'enseignants britanniques d'une école européenne en Angleterre qui ne bénéficiaient pas comme leurs collègues de nationalité étrangère d'une exonération d'impôt sur le revenu, les juges européens estiment que les articles 12 et 39 TCE (devenus article 18 TFUE et 45 TFUE) n'imposent pas à un État membre d'assurer l'égalité de traitement à des nationaux qui, faute d'avoir exercé leur droit de libre circulation, ne relèvent pas du droit communautaire. La Cour de justice ne condamne donc pas le fait qu'un État traite moins bien ses nationaux, elle impose seulement à l'État de traiter aussi bien les citoyens de l'Union migrants que les nationaux.

Cette question des discriminations à rebours, entre citoyens de l'Union sédentaires et citoyens de l'Union migrants, n'est rien d'autre que le résultat du champ d'application du droit de l'Union, qui n'a pas vocation à se substituer aux législations nationales relatives aux personnes⁶⁵⁹. Cependant, cette question est régulièrement remise à l'ordre du jour par certains avocats généraux à la Cour de justice et une doctrine majoritaire qui souhaitent à terme la disparition de ces discriminations.

⁶⁵⁶ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN- OLIVIER, *Introduction au droit européen*, op. cit., p.185

⁶⁵⁷ J.-Y. CARLIER et G. BUSSCHAERT, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : malheur aux immobiles ? », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2013/4, p.10.

⁶⁵⁸ CJCE, 15 janvier 1986, *Hurd*, aff. 44/84, précité.

⁶⁵⁹ M. GAUTIER, « Les discriminations à rebours », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012, pp.145 et s.

Cette exigence systématique d'un élément d'extranéité comme condition pour l'invocation des droits de la citoyenneté de l'Union est ainsi fermement disputée par conclusions interposées par certains avocats généraux⁶⁶⁰. Pour preuve, l'avocat général MISCHO dans ses conclusions sur l'arrêt *Edah* qui affirme que « les discriminations à rebours ne sont évidemment pas concevables à la longue au sein d'un véritable marché commun, qui doit nécessairement être fondé sur le principe de l'égalité de traitement »⁶⁶¹. L'avocate générale SHARPSTON, quant à elle, invite explicitement la Cour de justice à mettre fin aux discriminations à rebours : « je dois avouer que je trouve qu'il y a quelque chose de profondément paradoxal dans l'idée que, en dépit des efforts faits ces 50 dernières années pour abolir les barrières à la liberté de circulation entre États membres, des autorités décentralisées d'États membres puissent néanmoins réintroduire des barrières par la petite porte en les instaurant à l'intérieur des États membres. Quelle est, pourrait-on dire en forme de question rhétorique, quelle est donc cette Union européenne qui garantit la libre circulation entre Dunkerque (France) et De Panne (Belgique), mais pas entre Jodoigne et Hoegaarden ? »⁶⁶².

Cette discussion est également prégnante dans la doctrine qui s'interroge sur le maintien à moyen ou court terme des discriminations à rebours. D'un côté, certains, minoritaires, défendent son maintien. C'est le cas de M. GAUTIER⁶⁶³ qui justifie les discriminations à rebours en considérant qu'elles « sont inhérentes aux logiques qui gouvernent l'Union européenne »⁶⁶⁴. À l'opposé, l'intitulé ainsi que le contenu d'un édit de D. Simon, « Pourrait-on enfin en finir avec les discriminations à rebours ? »⁶⁶⁵, sont révélateurs de ces prises de position récurrentes en faveur d'un abandon de la jurisprudence

⁶⁶⁰ Peut être par exemple citée l'avocate général KOKOTT qui ne partage pas l'opinion favorable de l'avocate générale E. SHARPSTON.

⁶⁶¹ Conclusions de l'avocat général J. MISCHO présentées le 24 septembre 1986 dans l'affaire CJCE, 13 novembre 1986, *Nederlandse Bakkerij Stichting et autres contre Edah BV*, aff. jointes 80/85 et 159/85.

⁶⁶² Conclusions de l'avocate général E. SHARPSTON présentées le 28 juin 2007 dans l'affaire CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, point 116.

⁶⁶³ M. GAUTIER, « Les discriminations à rebours, une espèce à protéger », *op. cit.*, p.151.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ D. SIMON, « Pourrait-on enfin en finir avec les discriminations à rebours ? », *Europe*, novembre 2008, pp.1 et s.

de la Cour de justice⁶⁶⁶. J.-Y. CARLIER soutient également que « la construction d'une citoyenneté européenne commune ne permet plus de discrimination fondée sur la nationalité entre citoyens européens, qu'ils soient migrants ou sédentaires »⁶⁶⁷. Dans le même sens, J.-S. BERGÉ, fait « le pari (...) d'une banalisation de plus en grande du droit européen, applicable, non seulement à des situations transnationales et, y compris, à des situations purement internes »⁶⁶⁸.

Peut-on et doit-on s'attendre à un revirement de l'approche du lien de rattachement au droit de l'Union européenne quant aux libertés européennes reconnues aux citoyens de l'Union ? Faut-il admettre que la notion de situation purement interne, déjà battue en brèche dans nombre de secteurs du marché intérieur et par la doctrine, est également condamnée à disparaître en matière de liberté de circulation des citoyens de l'Union ?⁶⁶⁹ Il faut convenir

⁶⁶⁶ Voir également, G. GAJA, « Les discriminations à rebours : un revirement souhaitable », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck. Etudes de droit européen et international*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.993 et s.

⁶⁶⁷ J.-Y. CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », *op. cit.*, p.166.

⁶⁶⁸ J.-S. BERGÉ, « Marché intérieur et espace de liberté sécurité justice (1ère partie : la dimension spatiale des espaces) », *Chronique du CEJEC de droit européen & comparé* n°27. Contributions avec M. Fallon sur le thème des rapports externes à l'UE et des situations purement internes à un État membre. Coordination scientifique de la chronique avec I. Omarjee, *LPA*, 2010, n°112, pp.5 et s.

⁶⁶⁹ Pour la libre circulation des marchandises : CJCE, 7 mai 1997, *Procédure pénale contre Jacques Pistre*, aff. C-321/94, *Rec.*, p. I-2343. Voir sur cet arrêt, les commentaires de C. J. BERR, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des marchandises », *JDI*, 1998, p.498 ; M.-A. HERMITTE, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 1998, p.555 ; D. ROCHARD, « Dispositions de la loi — montagne » et principe communautaire de libre circulation des produits. Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 mai 1997 (aff. jointes C-321/94 à C-324/94) », *RTDE*, 1998, p.237 ; D. SIMON et F. LAGONDET, *Europe*, 1997, Juillet, Chron. n° 9, p.7. CJCE, 5 décembre 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.*, p. I-10663. Voir sur cet arrêt, les commentaires de C. J. BERR, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2001 p.616. D. POUCHARD, « Une réglementation nationale qui prohibe la commercialisation d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination —emmenthal— est une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *JCP G*, 2001, II, 10551 ; A. RIGAUX, *Europe*, 2001, Février, Comm. n° 58, p.17. Pour la liberté d'établissement : CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group Srl contre Comune di Carbognano*, aff. C-384/08, *Rec.*, p. I-2055. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. FALLON, « Liberté d'établissement », *JDI*, 2011, p.539 ; A. RIGAUX, « Situations purement internes », *Europe*, 2010, Mai, Comm. n° 166, p.26. Pour la libre circulation des capitaux : CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reisch et autres* (aff. jointes C-515/99 et C-527/99 à C-540/99) contre *Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg et Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Anton Lassacher et autres* (aff. jointes C-519/99 à C-524/99 et C-526/99) contre *Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg*, aff. jointes C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec.*, p. I-2157. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de D. GADBIN, « Chronique de jurisprudence communautaire (année 2002) », *RDR*, 2004, p.162. Pour la libre

que l'idée d'un revirement de jurisprudence serait excessive et qu'elle relève pour le moment de la simple spéculation. Dans l'hypothèse d'une interprétation contraire des discriminations à rebours par le juge de l'Union, cela conduirait à « allumer un véritable brûlot judiciaire lancé contre les législations des États membres »⁶⁷⁰. En effet, en ne les condamnant pas, la Cour de justice refuse de s'immiscer dans les politiques purement nationales. Cette jurisprudence traduit ainsi « le souci du juge de Luxembourg de ne pas affecter la manière dont les États membres régissent les rapports juridiques qui se nouent dans leur ordre interne »⁶⁷¹. Autrement dit, cette jurisprudence est révélatrice d'une volonté de préserver l'autonomie des États membres dans la définition de leurs politiques propres.

Si revirement il devait y avoir, cela signifierait, en effet, que les États membres concernés se verraient imposer de faire bénéficier à tout ressortissant national les mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit de l'Union européenne dans une situation comparable. Ce revirement de jurisprudence impliquerait dès lors une immixtion du droit de l'Union européenne dans le droit des États membres. Cela reviendrait « à reconnaître à l'Union une vocation à régler tout ou presque »⁶⁷². En effet, condamner les discriminations à rebours aurait pour effet de paralyser la compétence reconnue à chaque État membre de réglementer l'accès aux droits liés à la nationalité et *in fine* de subordonner indirectement la législation nationale aux législations des autres États membres. Or, comme le rappelle par exemple le Conseil d'État français en 1979, « les stipulations du Traité de Rome ne sauraient en aucun cas limiter les pouvoirs dont les autorités nationales sont investies à l'égard de leurs propres ressortissants »⁶⁷³. En d'autres termes, il faut admettre, avec S. PLATON, que le maintien des discriminations à rebours « permet d'assurer qu'il existera toujours, dans le droit interne des États membres des –zones de non-droit de l'Union» » et en d'en déduire que « cette absence d'omniprésence [du droit de l'Union] est une condition nécessaire à la coexistence pacifique entre l'ordre juridique de

prestation des services : CJCE, 11 septembre 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) et autres contre Estado português*, aff. C-6/01, *Rec.*, p. I-8621. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de L. IDOT, « Exploitation de jeux. Le régime applicable aux casinos au Portugal est justifié par des exigences impérieuses d'intérêt général », *Europe*, 2003, Novembre, Comm. n° 362, p.28.

⁶⁷⁰ P. ICARD, « La primauté de l'usage du droit à circuler sur la qualité de citoyen de l'Union », *op. cit.*, p.1659.

⁶⁷¹ J.-P. PUISOCHET et S. GERVASONI, « Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne », *op. cit.*, p.717.

⁶⁷² M. GAUTIER, « Les discriminations à rebours, une espèce à protéger », *op. cit.*, p.150.

⁶⁷³ CE, 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, *Rec. Leb.*, p.335.

l'Union européenne et l'ordre juridique nationale, doté, lui, d'une omniprésence sur le territoire qu'il régit et qui dispose d'un espace juridique dénué de la contrainte de l'Union européenne »⁶⁷⁴. L'absence de condamnation des discriminations à rebours par la Cour de justice démontre qu'elle « entérine le fait que le développement de la citoyenneté de l'Union s'inscrit dans les limites posées par la répartition des compétences entre l'Union et les États membres telle qu'elle résulte des traités en vigueur »⁶⁷⁵ et, elle évite dans le même temps de se faire reprocher de statuer *ultra vires*.

Moins attentatoire à l'actuelle répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres, l'avocate générale SHARPSTON a suggéré à la Cour de justice de limiter les cas de discriminations à rebours dans ses conclusions sur l'affaire *Zambrano*⁶⁷⁶ en interprétant l'article 18 TFUE en ce sens qu'il interdit la discrimination à rebours causée par l'interaction entre l'article 21 TFUE et le droit national, qui implique une violation d'un droit fondamental protégé par le droit de l'Union européenne, lorsqu'une protection au moins équivalente n'est pas disponible en droit national. L'article 18 TFUE serait alors applicable à la situation d'un citoyen de l'Union sédentaire si trois conditions cumulatives sont remplies. Premièrement, le demandeur, citoyen de l'Union qui séjourne dans l'État membre dont il est ressortissant et qui n'a pas exercé les droits de libre circulation conférés par le Traité FUE, devrait être dans une situation comparable, à celle d'autres citoyens de l'Union établis dans le même État membre qui sont en mesure d'invoquer les droits conférés par l'article 21 TFUE. La discrimination à rebours contestée devrait être causée par le fait que les citoyens de l'Union mobiles sont en mesure de faire valoir les droits conférés par l'article 21 TFUE, alors qu'un citoyen de l'Union sédentaire séjournant dans l'État membre dont il est ressortissant n'est, à première vue, pas en mesure de bénéficier d'une telle protection au regard du droit national. Deuxièmement, la discrimination à rebours contestée devrait impliquer une violation d'un droit fondamental protégé par le droit de l'Union européenne. Troisièmement, l'article 18 TFUE ne pourrait servir que de remède subsidiaire, limité à des situations dans lesquelles le droit national n'assure pas une protection adéquate des droits fondamentaux. Il

⁶⁷⁴ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *MacCarthy* et *Dereci* : de la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *op. cit.*, p.23 et s.

⁶⁷⁵ A. EFTIMIE, *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, *op. cit.*, p.422.

⁶⁷⁶ Conclusions de l'avocate générale E. SHARPSTON présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, points 144 et s.

appartiendrait à la juridiction nationale de déterminer si une protection était disponible en droit national et, pour le cas où cette protection était en principe disponible, si elle était (ou non) au moins équivalente à celle disponible au titre du droit de l'Union européenne. Si cette solution proposée par l'avocate générale est séduisante et permet de ne pas remettre en cause de manière trop absolue la répartition des compétences, la Cour de justice ne la cependant pas retenue.

Cette hypothèse où le national est désavantagé par rapport au citoyen de l'Union migrant est « difficilement admissible » selon R. HERNU⁶⁷⁷ qui considère qu'il est « frappant que sur le territoire de l'État dont il a la nationalité, le citoyen européen peut être considéré comme étranger aux droits qui découlent de cette qualité dès lors qu'il ne relève pas d'une situation dite « communautaire » ». Pourtant, rien n'oblige l'État membre à maintenir ses nationaux dans des situations moins avantageuses que les citoyens de l'Union migrants.

Paragraphe 2. Les remèdes au traitement plus favorable du citoyen de l'Union

Les citoyens de l'Union ne sont pas tous égaux. En effet, comme le relève justement C. CHENEVIERE, « la citoyenneté est une coupole chapeautant l'ensemble des ressortissants des États membres. Elle est leur point commun mais ne gomme pas leurs différences »⁶⁷⁸. J. RIDEAU explique de même que « le principe d'égalité de traitement n'exige pas qu'il soit tenu compte des inégalités résultant du chevauchement du système communautaire et des systèmes nationaux »⁶⁷⁹. Cependant, face à ces inégalités de traitement, il existe des remèdes qui sont à l'initiative soit des États membres (A) soit des institutions de l'Union européenne (B).

⁶⁷⁷ R. HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne », *op. cit.*, p.52.

⁶⁷⁸ C. CHENEVIERE, « Les droits politiques des citoyens européens sont-ils réservés aux seuls citoyens européens ? » in C. CHENEVIERE et G. DUCHENNE (dir.), *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 2001, pp.31 et s.

⁶⁷⁹ J. RIDEAU, « L'Union européenne et les droits de l'Homme », *Recueil des cours*, 1997, t. 265, Académie de droit international de la Haye, p.88.

A. Les remèdes à l'initiative des États membres

Même si « on ne peut certainement plus exclure que, à un moment donné, la Cour reconsidère sa jurisprudence et soit amenée, à l'avenir, à déduire de la citoyenneté de l'Union une interdiction de la discrimination des ressortissants nationaux »⁶⁸⁰, pour l'heure et conformément au principe de subsidiarité et de répartition des compétences, le juge de l'Union se défausse vis-à-vis des problèmes relatifs aux discriminations à rebours. Il considère que le système juridique national est le seul compétent pour assurer l'égalité de traitement des citoyens de l'Union sédentaires. C'est ainsi qu'elle juge dans l'arrêt *Uecker et Jacquet*⁶⁸¹ que « les éventuelles discriminations dont les ressortissants d'un État membre peuvent faire l'objet au regard du droit de cet État relèvent du champ d'application de celui-ci, en sorte qu'elles doivent être résolues dans le cadre du système juridique interne dudit État »⁶⁸². Par conséquent, il revient aux autorités nationales de corriger elles-mêmes, si elles le souhaitent, les cas de discriminations à rebours. Sur ce point, certains auteurs considèrent d'ailleurs que l'État membre est le mieux placé pour garantir l'égalité de traitement entre les citoyens de l'Union nationaux et migrants. Par exemple, J. DE BEYS estime que « c'est en effet par voie nationale que doit être rétablie l'égalité entre les nationaux et les autres citoyens de l'Union, soit par modification législative, soit plus directement encore par œuvre jurisprudentielle »⁶⁸³.

Si la Cour de justice refuse de condamner les discriminations à rebours, en se fondant sur l'absence d'application du principe européen d'égalité de traitement au profit des citoyens de l'Union sédentaires, elle n'est pas pour autant insensible à ce problème. Elle ne ferme pas complètement les yeux sur les discriminations à rebours. D'une ignorance initiale, la Cour a progressivement répondu à l'appel des juges nationaux confrontés à cette problématique. Elle

⁶⁸⁰ Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT présentées le 25 novembre 2010 dans l'affaire CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, point 42.

⁶⁸¹ CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, aff. C-64/96 et C-65/96, précité. Voir sur cet arrêt, le commentaire de M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1998, p.513.

⁶⁸² Point 23 de l'arrêt *Uecker et Jacquet*, aff. jointes C-64/96 et C-65/96, précité.

⁶⁸³ J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE*, 2001, pp.137 et s.

invite désormais les juges nationaux, sur la base du principe national d'égalité, à sanctionner les discriminations à rebours à l'encontre de leurs nationaux qui sont la conséquence de la logique européenne de l'extranéité.

Confrontées à des questions préjudicielles relatives à des discriminations à rebours, elle a affirmé dans un premier temps, qu'« il appartient à la juridiction nationale, confrontée à une question interne, d'apprécier s'il y a une discrimination dans le cadre de ce dernier et si et comment celle-ci doit être éliminée. Le droit communautaire n'empêche pas une juridiction nationale d'examiner la compatibilité avec sa Constitution d'une règle interne qui désavantage, par rapport aux ressortissants d'autres États membres, les travailleurs nationaux »⁶⁸⁴. En somme, la Cour invite les juges nationaux à examiner les situations de discriminations à rebours.

Dans un second temps, elle a facilité la tâche des juridictions de renvoi en leur indiquant la marche à suivre « qui sonne comme un conseil pressant au juge national »⁶⁸⁵. C'est ainsi que dans l'arrêt *assurance soins de santé flamande*⁶⁸⁶, la Cour accepte de répondre à une question préjudicielle relative à l'interprétation du droit de l'Union au regard d'une situation purement interne, en considérant que son « interprétation de dispositions du droit communautaire pourrait éventuellement être utile à la juridiction nationale, y compris au regard de situations qualifiées de purement internes, en particulier dans l'hypothèse où le droit

⁶⁸⁴ CJCE, 16 juin 1994, *Volker Steen contre Deutsche Bundespost*, aff. C-132/93, *Rec.*, p. I-02715, points 10 et 11 ; CJCE, 13 janvier 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.*, p. I-10663 ; CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reisch et autres* (aff. jointes C-515/99 et C-527/99 à C-540/99) *contre Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg et Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Anton Lassacher et autres* (aff. jointes C-519/99 à C-524/99 et C-526/99) *contre Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg*, aff. C-515/99, C-519/99 à 524/99 et C-256/99 à C-540/99, *Rec.*, p. I-02157 ; CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, *Rec.*, p. I-01683 ; CJCE, ordonnance, 19 juin 2008, *Marc André Kurt contre Bürgermeister der Stadt Wels*, aff. C-104/08, *Rec.*, p. I-00097.

⁶⁸⁵ J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne. Chronique de jurisprudence (1^{er} janvier - 31 décembre 2007) », *JTDE*, 2008, p.81.

⁶⁸⁶ CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, *Rec.*, p. I-01683. Voir sur cet arrêt les commentaires de P. ICARD, « La primauté de l'usage du droit à circuler sur la qualité de citoyen européen », *D.*, 2008, p.1655 ; C. DAUTRICOURT, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand », *RDUE*, 2008, n° 3, p.603 ; L. DRIGUEZ, « Conditions d'accès à un régime de protection sociale et liberté de circulation », *Europe*, 2008, Juin, Comm. n° 182, p.15.

de l'État membre concerné imposerait de faire bénéficier tout ressortissant national des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans une situation considérée par ladite juridiction comme étant comparable »⁶⁸⁷. La Cour de justice, conformément à la logique de coopération et de subsidiarité, met le juge national face à ses responsabilités. Par conséquent, rien n'empêche un juge national de sanctionner une discrimination à rebours sur le fondement du principe interne d'égalité de traitement. Il est le seul à pouvoir décider, dans le cadre national, si une discrimination à rebours doit être condamnée.

En France, le Conseil d'État a toujours refusé d'appliquer le droit de l'Union aux situations purement internes⁶⁸⁸. Cependant, il a accepté de condamner sur le fondement du principe interne d'égalité de traitement une discrimination à rebours dans l'arrêt *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres*⁶⁸⁹ et annulé le décret concernant l'accès à la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments classés au motif qu'il comportait des discriminations à rebours. En Belgique, la Cour constitutionnelle, comme la plupart de ses homologues européens⁶⁹⁰ considère qu'il appartient au législateur de corriger la discrimination à rebours en vertu du droit national⁶⁹¹. Autrement dit, la Cour constitutionnelle reste neutre et préfère inviter les législateurs fédéral et fédérés à mettre fin à la discrimination à rebours. C'est ce qu'elle a fait par exemple, à propos du régime d'assurance soins institué par un décret en 1999 par la Communauté flamande qui excluait de son champ d'application personnel les personnes qui bien que travaillant dans la région de langue néerlandaise ou dans

⁶⁸⁷ Point 40 de l'arrêt *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, précité.

⁶⁸⁸ CE, 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, *Rec. Lebon*, p.335.

⁶⁸⁹ CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres*, n°310146, *Rec. Lebon*, p. 341.

Voir sur cet arrêt, le commentaire de A. ILIOPOULOU A. JAUREGUIBERRY, « La première condamnation d'une discrimination à rebours. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 6 oct. 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e.a.*, n°310146 », *RFDA*, 2009, p.132.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p.132.

⁶⁹¹ Cour constitutionnelle, 21 janvier 2009, n°11/2009, point B.16 : « Sans que la Cour doive examiner si [ces] personnes pourraient être victimes d'une discrimination dans l'exercice de leur droit à la libre circulation des personnes, il convient de constater qu'en toute hypothèse, cette éventuelle discrimination ne pourrait avoir son siège dans le décret attaqué [décret flamand accordant certains soins de santé complémentaires aux seules personnes travaillant et résidant en Flandre], mais dans l'absence de dispositions analogues dans des décrets des Communautés française et germanophone ou dans l'absence de mesures fédérales de sécurité sociale, (...) de sorte que les moyens de droit interne dirigés contre les dispositions du décret ne sont pas fondés ».

la région bilingue de Bruxelles-Capitale, résidaient sur le territoire national, mais en dehors du territoire de ces deux régions⁶⁹². Cependant, la discrimination à rebours entre le Belge immobile qui réside en Belgique en région de langue française ou allemande et les autres citoyens de l'Union qui circulent que comporte le décret attaqué devant le juge constitutionnel n'a pas été modifiée.

Face à cette situation paradoxale où l'étranger, devenu citoyen de l'Union, est traité de manière plus favorable que le national, seul le législateur national peut mettre fin aux discriminations à rebours. Selon C. RITTER, « les Discriminations à rebours ne seraient qu'un « by-product » voire même un « necessary evil » dans un système de « multilevel constitutionalism » et ne pourraient dès lors être résolues qu'au niveau des États membres »⁶⁹³. Pour ce faire, le législateur national a deux alternatives. Soit il reste indifférent en laissant subsister ces discriminations à rebours, soit il modifie le régime applicable aux nationaux en l'alignant sur celui du citoyen de l'Union migrant.

L'exemple de la Belgique est particulièrement intéressant dans la mesure où c'est le seul État qui avait choisi la seconde option en matière de regroupement familial. Le législateur belge avait ainsi modifié dès 1996 son code de la famille et la loi du 15 décembre 1980⁶⁹⁴ afin que le statut des nationaux du Royaume ne soit pas discriminatoire en matière matrimoniale par rapport aux citoyens de l'Union résidant sur son territoire⁶⁹⁵. Cependant, cette solution a été reconsidérée en 2011⁶⁹⁶ par une loi entrée en vigueur le 22 septembre prévoyant notamment que les conditions seront dorénavant les mêmes pour les Belges que pour les ressortissants d'État tiers. Le législateur belge a ainsi durci les conditions permettant le regroupement familial du national sur son territoire, les rendant plus rigoureuses que celles permettant le regroupement familial du citoyen de l'Union résidant en Belgique. Le Belge doit notamment disposer de moyens de subsistances stables, suffisants et réguliers, contrairement au citoyen de l'Union à qui une telle condition n'est pas imposée. Ce

⁶⁹²Cour constitutionnelle, 21 janvier 2009, n°11/2009.

⁶⁹³C. Ritter, « Purely internal situations », *EL rev.*, 2006 p.710.

⁶⁹⁴Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Moniteur belge*, 31 décembre 1980, p. 14584.

⁶⁹⁵D. MARTIN, « Loi du 15 décembre 1980. Transposition du droit communautaire », *Rev. dr. étr.*, 1996, p.722.

⁶⁹⁶Loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial, *Moniteur belge*, 12 septembre 2011, p. 58915.

retournement de situation en Belgique révèle que si l'État consens à octroyer au citoyen de l'Union un traitement plus favorable que le national, il demeure toujours maître de la catégorie du national.

Dans les deux cas, que ce soit le législateur ou le juge national qui corrige les discriminations à rebours, il demeure, selon A. EFTIMIE, que « l'inconvénient majeur de (cette) compétence du droit national pour la correction des discriminations à rebours réside dans la diversité nationale dans l'application du principe général d'égalité. En fonction de l'activisme du juge national (ou du législateur national), ce qui se dessine c'est une géométrie variable dans la condamnation des discriminations à rebours et donc une citoyenneté de l'Union différenciée d'un État membre à l'autre »⁶⁹⁷. Pour y remédier, la voie européenne semble la plus pertinente.

B. Les remèdes à l'initiative des institutions de l'Union

Le ressortissant d'État membre ne devient concrètement un citoyen de l'Union que lorsqu'il se déplace dans un État membre autre que son État d'origine. Le droit de l'Union n'a pas, en effet, vocation à unifier le statut du citoyen de l'Union quelque soit l'État dans lequel il réside. L'État garde ainsi la maîtrise de la catégorie du national sur son territoire. Cependant, cette compétence de l'État est altérée dès lors que le droit de l'Union peut l'obliger à traiter ses nationaux comme des citoyens de l'Union mobiles, ces derniers pouvant alors éviter de subir une discrimination à rebours. Il a, en effet, été vu précédemment⁶⁹⁸ que la Cour de justice appréciait de manière large le critère d'extranéité. Un déplacement passé suivi d'un retour dans l'État membre du national suffit ainsi à remplir ce critère⁶⁹⁹. Celui-ci peut être également virtuel voire fictif⁷⁰⁰. Par cette jurisprudence, la Cour de justice permet d'éviter qu'un national soit victime de discriminations à rebours dans son État d'origine. J.

⁶⁹⁷ A. EFTIMIE, *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, op. cit., pp.418-419.

⁶⁹⁸ Voir *supra*, Titre 1.

⁶⁹⁹ CJCE, ordonnance, 19 juin 2008, *Kurt*, aff. C-104/08, précité.

⁷⁰⁰ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff.C-148/02, précité ; CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, précité.

CAVALLINI interprète justement cette jurisprudence comme une volonté de « la Cour (...) [de] faire mentir l'idée qu'un ressortissant national ne peut devenir citoyen européen qu'à l'étranger »⁷⁰¹. Toutefois, dans toutes ces hypothèses, le critère de l'extranéité est rempli et il ne s'agit donc pas de situations purement internes aux États membres. La Cour de justice a également accepté, dans l'arrêt *Zambrano*⁷⁰², qu'un citoyen de l'Union qui n'a pas fait usage de son droit à la liberté de circulation puisse se prévaloir du statut fondamental de citoyen de l'Union afin de s'opposer à des mesures nationales qui ont pour effet de le priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut. Cependant, elle a restreint très rapidement la portée de cet arrêt en précisant que ce critère est rempli que lorsque le citoyen de l'Union se voit obligé de quitter le territoire de l'Union⁷⁰³.

Certes, ces jurisprudences viennent limiter les hypothèses de discrimination à rebours et participent à l'érosion des situations purement internes. Toutefois, la mobilité demeure, dans chacun de ces cas, un argument permettant de faire échapper le national à l'application du droit interne au profit du droit de l'Union. Et, si dans l'affaire *Zambrano*, ce critère est complètement abandonné, force est de reconnaître que les implications de la solution retenue par le juge de l'Union sont extrêmement limitées.

Pourrait-on envisager une correction des discriminations à rebours de la part du législateur de l'Union ? À cette interrogation, P. RAMBAUD répond que « l'élimination des disparités entre les législations nationales est un élément évidemment décisif dans l'élimination des discriminations à rebours. Il est symptomatique qu'elle soit prévue par le traité (...) Ce mécanisme de rapprochement des droits des États membres constitue, en effet, la véritable réponse au problème posé par ce type de discriminations. Il montre que c'est au législateur principalement qu'il incombe de le faire disparaître »⁷⁰⁴. De même, A. EFTIMIE, soulève qu'il « serait certainement plus légitime que l'autorité judiciaire »⁷⁰⁵.

À titre d'illustration, la Commission européenne avait, dans sa proposition initiale de

⁷⁰¹ J. CAVALLINI, « Portée de la citoyenneté européenne », *op. cit.*, pp.1195 et s.

⁷⁰² CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

⁷⁰³ Voir Supra, Titre 1, Chapitre 1.

⁷⁰⁴ P. RAMBAUD, « La discrimination à rebours et le droit communautaire : un mythe juridique ? », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1992, pp.339 et s.

⁷⁰⁵ A. EFTIMIE, *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, *op. cit.*, p.420.

directive relative au droit au regroupement familial des citoyens de l'Union, envisagé d'étendre son champ d'application aux ressortissants de pays tiers et aux citoyens de l'Union sédentaires⁷⁰⁶. Selon cette proposition, les membres de la famille des citoyens de l'Union qui n'ont pas exercé leur droit à la libre circulation devaient bénéficier exactement du même traitement que les membres de la famille de citoyens de l'Union qui ont exercé ce droit⁷⁰⁷. La Commission relevait qu'en l'absence d'exercice de leur droit à la libre circulation, les citoyens de l'Union sédentaires étaient considérés par le passé comme se trouvant dans une situation purement interne relevant de la compétence des États membres. Par conséquent, une différence de traitement existait à l'égard de ces citoyens de l'Union, selon le fait qu'ils exercent ou qu'ils n'exercent pas leur droit à la libre circulation. La Commission a donc considéré qu'il fallait trouver « une solution appropriée pour éviter cette différence et combler cette lacune juridique »⁷⁰⁸.

Elle proposait alors de supprimer cette différence de traitement et de faire bénéficier les citoyens de l'Union du droit au regroupement familial tel qu'il était envisagé pour les citoyens de l'Union mobiles⁷⁰⁹. L'article 4 de la proposition prévoyait par conséquent que : « Par dérogation à la présente directive, le regroupement familial des ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui réside dans l'État membre, dont il a la nationalité, et qui n'a pas exercé son droit à la libre circulation des personnes, est régi *mutatis mutandis* par les articles 10, 11 et 12 du règlement (CEE) n°1612/68, du Conseil et par les autres dispositions du droit communautaire énumérées en annexe ». Dans son commentaire sur cet article, la Commission expliquait que : « Le regroupement familial des citoyens de l'Union qui n'exercent pas leur droit à la libre circulation des personnes n'est jusqu'à présent régi que par les règles nationales. Cette situation crée une différence de traitement injustifiée entre la famille des citoyens de l'Union qui n'ont pas exercé leur droit à la libre circulation et sont restés dans le pays dont ils ont la nationalité et ceux qui ont exercé leur droit à la libre circulation. Le droit national régit, dans certains cas, le regroupement familial de ses propres nationaux, de manière plus restrictive que les règles existantes en droit

⁷⁰⁶ Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, présentée par la Commission des Communautés européennes, le 1^{er} décembre 1999, COM(1999)638 final, JO C 116, du 26 avril 2000.

⁷⁰⁷ *Ibid*, article 4.

⁷⁰⁸ *Ibid*, point 7.5 de l'exposé des motifs.

⁷⁰⁹ *Ibid*, point 7.5 de l'exposé des motifs.

communautaire. La citoyenneté de l'Union étant unique, il convient de combler cette lacune juridique. Par conséquent, cet article permet aux membres de la famille des citoyens de l'Union d'être soumis aux dispositions pertinentes du droit communautaire en matière de regroupement familial »⁷¹⁰.

Cependant, face à l'opposition du Conseil, le droit au regroupement familial tel que consacré pour les citoyens de l'Union mobiles n'a pas été finalement élargi aux sédentaires dans la dernière proposition de directive proposée par la Commission⁷¹¹ et *in fine* dans la directive 2004/38/CE adoptée en 2004 qui prévoit que : « La présente directive s'applique à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre *autre* que celui dont il a la nationalité »⁷¹². Dans ses lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de cette directive⁷¹³, la Commission semble avoir abandonné définitivement le souhait d'élargir le droit au regroupement familial aux citoyens de l'Union sédentaires. Elle admet que : « Les citoyens de l'Union résidant dans l'État membre dont ils ont la nationalité ne bénéficient pas en principe des droits conférés par la législation communautaire relative à la libre circulation des personnes, et les membres de leur famille ressortissants de pays tiers restent soumis à la réglementation nationale en matière d'immigration »⁷¹⁴.

Cet exemple prouve qu'il est difficile à l'heure actuelle de faire émerger un espace juridique européen relatif à la liberté de circulation des personnes dans lequel le droit de l'Union serait applicable à des situations purement internes.

De l'ensemble de ces évolutions, peuvent être tirées des conclusions instructives dans le cadre de cette étude. Il est permis d'affirmer que dans certains cas, l'étranger, devenu citoyens de l'Union, peut échapper à la règle du traitement identique au national de l'État membre d'accueil et bénéficier de droits plus favorables. La catégorie interne de l'étranger,

⁷¹⁰ *Ibid*, article 4.

⁷¹¹ Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, présentée par la Commission européenne, le 2 mai 2002, COM(2002)225 final, JO C 203 du 27 août 2002, p.136.

⁷¹² Article 3 de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁷¹³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, COM(2009)0313 final.

⁷¹⁴ *Ibid*, p.3.

devenu citoyen de l'Union, n'est donc pas figée, elle ne peut pas être limitée à une catégorie qui serait seulement intermédiaire, c'est-à-dire à la croisée des deux autres que sont celles du national et de l'étranger ordinaire. Le simple fait que le national puisse se voir imposer un traitement moins favorable que le citoyen de l'Union mobile prouve que l'analyse traditionnelle d'une substitution de la distinction binaire national/étranger par une distinction ternaire national/ressortissant d'État membre/étranger ordinaire est insuffisante. Il est plus juste d'évoquer un dépassement de la distinction classique entre le national et l'étranger. Le fait que le droit de l'Union emporte également une mutation de la catégorie du national en autorisant parfois, certes de manière exceptionnelle, que celui-ci soit assimilé dans son propre État à un citoyen de l'Union mobile confirme cette analyse.

La comparaison de la situation de l'étranger, devenu citoyen de l'Union, avec cette fois-ci l'étranger ordinaire argue tout autant dans ce sens. Il semble en principe que l'étranger, parce qu'il a acquis la citoyenneté de l'Union, doive en conséquence bénéficier d'un traitement plus favorable que l'étranger ordinaire dans l'État membre d'accueil. Cependant, il advient, dans certaines situations, que celui-ci se voit attribuer un traitement moins favorable, le droit de l'Union ignorant voire validant implicitement le traitement moins favorable de l'étranger, devenu citoyen de l'Union, par rapport à l'étranger ordinaire.

SECTION 2. LES DISCRIMINATIONS À REBOURS « EUROPÉENNES »

Le citoyen de l'Union n'est plus soumis au régime général applicable aux étrangers ordinaires lorsqu'il se déplace dans un autre État membre, mais bénéficie d'un droit fondamental à la libre circulation sur l'ensemble du territoire de l'Union. De fait, le régime national de police qui lui est applicable par l'État d'accueil est alors en principe plus favorable que celui relatif aux étrangers ordinaires. Peut-il cependant encore se prévaloir du régime applicable aux étrangers ordinaires quand celui-ci lui serait plus favorable ?

Cette question peut surprendre dès lors que l'acquisition de la citoyenneté de l'Union est censée apporter une *plus-value* au statut de l'Européen. Cependant, par une sorte de « discrimination à rebours européenne plus que nationale »⁷¹⁵, de « discrimination à rebours à l'échelle de l'Union »⁷¹⁶, il advient, certes rarement, que le citoyen de l'Union ne puisse pas bénéficier d'un droit plus favorable reconnu à certains étrangers ordinaires dans l'État membre d'accueil. C'est là un point particulièrement important. Cette situation paradoxale prouve ainsi que le citoyen de l'Union n'est plus considéré comme un étranger ordinaire dans l'État membre d'accueil. Le refus des autorités nationales de lui appliquer le régime de droit commun relatif à l'entrée et au séjour des étrangers ordinaires, lorsqu'il lui est plus favorable, constitue en quelque sorte la preuve ultime de la perte de son *«étrangeté»*. À cette conséquence directe de l'acquisition de la citoyenneté de l'Union (Paragraphe 1), le droit de l'Union demeure indifférent. La jurisprudence de la Cour de justice valide, en effet, ces situations dans lesquelles les citoyens de l'Union sont moins bien traités par le droit national ou le droit de l'Union lui-même que des ressortissants de pays tiers (Paragraphe 2).

⁷¹⁵ J.-Y CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », *op. cit.*, p.170.

⁷¹⁶ D. SIMON, « Droit aux prestations en faveur des demandeurs d'emploi », *Europe*, n°8, août 2009, comm. 306., pp.22 et s.

Paragraphe 1. Les hypothèses de traitement du ressortissant de pays tiers plus favorable que le citoyen de l'Union

L'hypothèse selon laquelle le citoyen de l'Union puisse être soumis à un traitement moins protecteur que l'étranger ordinaire dans l'État membre d'accueil paraît *a priori* inenvisageable. Admettre l'idée que l'adhésion d'un État à l'Union européenne fasse perdre aux ressortissants de cet État des droits qu'ils pouvaient invoquer antérieurement dans les autres États membres semble, en effet, contraire à l'idée même de citoyenneté de l'Union. C'est pourtant bien à cette conclusion paradoxale que le Conseil d'État français a abouti en refusant d'appliquer à un étranger, ressortissant d'un nouvel État membre de l'Union, le régime de droit commun relatif à l'entrée et au séjour des étrangers qui était en l'espèce plus protecteur (A). Moins critiquable est la privation pour le citoyen de l'Union de l'exercice normal du droit d'asile (B).

A. Le refus d'appliquer au citoyen de l'Union le statut d'étranger ordinaire

Il semblerait, qu'au regard de la logique intégrationniste de l'Union, le possibilité qu'un étranger, devenu citoyen de l'Union, soit moins bien traité qu'un étranger ordinaire ne soit pas admise. Il y a là, en effet, une contradiction dans la mesure où l'étranger se trouve dans une situation plus vulnérable en raison de son statut de citoyen de l'Union. Cette hypothèse marginale s'est toutefois présentée pour la première fois devant le juge administratif français à propos du refus du préfet du Rhône d'octroyer à un ressortissant roumain, M. Muntean, un titre de séjour sur le fondement des dispositions relatives aux étrangers ordinaires⁷¹⁷. Entré en France avec sa famille en 1999, sans activité professionnelle, ses seules ressources financières étaient générées par l'exercice de la mendicité. Il n'a donc pas pu justifier d'aucune des conditions auxquelles est subordonné, pour un citoyen de l'Union européenne, le droit de séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois. L'article L. 121-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers en France subordonne, en

⁷¹⁷ Articles L. 313-11 et L. 313-12 du CEDESA.

effet, ce droit de séjour soit à l'exercice d'une activité professionnelle, soit au fait de disposer de ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale ainsi que d'une assurance maladie, soit encore à la poursuites d'études en France.

M. Muntean a toutefois sollicité, en 2008, une carte de séjour temporaire, sur le fondement des dispositions de l'article L. 313-11, 11° du CEDESA pour raisons de santé puisqu'il était séropositif. Il s'est heurté à une décision implicite de refus du préfet du Rhône, qui, sollicité, a motivé sa décision en lui indiquant que les dispositions en cause ne s'appliquaient pas aux citoyens de l'Union, qui relèvent exclusivement des articles L. 121-1 et suivants du CESEDA. Cette décision préfectorale a été annulée par le tribunal administratif de Lyon, pour erreur de droit. Le tribunal a estimé que le citoyen de l'Union qui ne remplit pas les conditions de droit au séjour fixées par l'article L. 121-1 peut invoquer les dispositions de l'article L.313-11 qui se situe dans un chapitre du CESEDA relatifs aux étrangers ordinaires. Mais par la suite, la Cour administrative d'appel de Lyon, conformément à l'adage *lex specialis generalibus derogant*, a confirmé la décision du Préfet estimant que, citoyen de l'Union, le requérant roumain ne pouvait plus se prévaloir des dispositions applicables aux étrangers ordinaires. La Cour administrative d'appel a ainsi rejeté le moyen tiré de la violation de l'article 37 de la directive 2004/38/CE en l'interprétant comme « n'impliquant pas qu'un ressortissant communautaire ne remplissant pas les conditions fixées au titre II du livre 1^{er} du code (...) doive se voir appliquer d'autres dispositions dudit code, applicables aux non communautaires, alors même qu'elles seraient plus favorables ».

Saisi en cassation, Le Conseil d'État⁷¹⁸ a confirmé la décision de la Cour d'appel sur la base d'un raisonnement en trois étapes. Dans la première, il a considéré que les citoyens européens demeurent enfermés dans cette catégorie et ne peuvent ainsi pas se prévaloir, à titre subsidiaire, des dispositions applicables aux étrangers ordinaires. Dans la seconde, il a rappelé que l'article 37 de la directive 2004/38/CE ne fait pas obligation aux États de maintenir des dispositions plus favorables que celles énoncées par ce texte pour les citoyens européens. Dans la dernière étape, il a affirmé que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'a pas

⁷¹⁸ CE, 22 juin 2012, *M. Muntean*, n°347545, non publié.

vocation à s'appliquer dans le cas d'une éventuelle différence de traitement entre les citoyens européens et les ressortissants de pays tiers.

Le Conseil d'État refuse ainsi toute possibilité d'interchangeabilité des catégories. Se trouve alors consacrée la thèse selon laquelle le citoyen de l'Union n'est plus appréhendé comme un étranger ordinaire dans l'État d'accueil. En effet, il se heurte « à l'étanchéité des catégories composant le cadre catégoriel »⁷¹⁹ et ne peut plus se prévaloir de la qualité d'étranger ordinaire.

Face à cette situation paradoxale où la qualité de citoyen de l'Union rend en fait plus vulnérables les étrangers, devenus citoyens de l'Union, au regard des droits accordés aux étrangers ordinaires, une circulaire⁷²⁰ est toutefois intervenue le 10 septembre 2010 pour résoudre cette difficulté. La circulaire a été adoptée près de deux ans après la demande de M. Muntean, et n'ayant pas d'effet rétroactif, le requérant ne pouvait s'en prévaloir utilement.

Parce qu'« il est impératif que les ressortissants de l'Union européenne ne soient en aucun cas traités plus défavorablement que les ressortissants d'État tiers soumis au régime général de droit commun », la circulaire précise, au point 1.5, qu'un « étranger européen » doit tout d'abord voir sa situation examinée au regard des articles du CESEDA relatifs aux citoyens de l'Union et, c'est seulement si sa demande n'a pas aboutie, que sa situation peut être appréciée au regard du régime général applicable aux étrangers ordinaires. Plus précisément, les autorités nationales doivent « apprécier si le citoyen de l'Union européenne concerné aurait pu prétendre à un droit de séjour en application des dispositions prévues par le régime général » et « dans l'affirmative, [ils doivent délivrer] l'une des cartes prévues à l'article L. 121-1 du CESEDA (travailleur, non actif, étudiant, membre de la famille) équivalentes en terme de durée de validité et de droit au travail ». Car « il est en effet exclu qu'un citoyen de l'Union bénéficie d'un titre de séjour prévu pour le régime général qui ne ferait pas référence à sa qualité de citoyen européen ».

⁷¹⁹ S. BARBOU DES PLACES, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *op. cit.*

⁷²⁰ Circulaire n°NOR IMIM 1000116C du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire sur les conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres États parties de l'Espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que des membres de leur famille, Paris, le 10 septembre 2010, non publié.

Cette situation, si elle est marginale, confirme toutefois qu'un citoyen de l'Union peut être moins bien traité qu'un étranger ordinaire. La plus-value du statut de citoyen de l'Union est alors remise en cause. La re-catégorisation de l'étranger, devenu citoyen de l'Union, peut ainsi le placer dans une situation plus vulnérable qu'un étranger ordinaire. Cette re-catégorisation moins favorable de l'étranger, devenu citoyen de l'Union, est confirmée en ce qui concerne le droit d'asile qui lui est, sauf rares exceptions, désormais refusé.

B. Le refus d'appliquer le droit d'asile au citoyen de l'Union

Dés lors que les citoyens de l'Union ne sont plus soumis au droit commun relatif à l'entrée des étrangers ordinaires, peuvent-ils pour autant solliciter un statut de réfugié⁷²¹ dans l'État membre d'accueil ? Autrement dit, existe-t-il un droit d'asile intra-européen ? Pour E. AUBIN, ce problème concret est « anecdotique »⁷²². Cette question a été toutefois traitée au moment des négociations du Traité d'Amsterdam où a abordée frontalement la question de savoir s'il fallait ou non interdire le principe même d'un tel droit dans l'Union.

En juin 1997, l'Espagne, dans un souci de politique interne, avait lors d'un sommet européen proposé de rejeter systématiquement les demandes d'asile des citoyens de l'Union car tous les États membres étaient considérés comme des pays d'origine sûr et, par conséquent, le droit d'asile au bénéfice des citoyens de l'Union n'était plus justifié et nécessaire. Le Gouvernement espagnol avait alors proposé d'ajouter à l'article 8 TCE relatif à la citoyenneté de l'Union l'alinéa suivant : « Tout citoyen de l'Union est considéré quant aux effets juridiques et judiciaires liés à l'octroi du statut de réfugié et au droit d'asile, comme étant ressortissant de l'État membre dans lequel il demande l'asile. Par conséquent, aucun État membre de l'Union n'accepte de traiter une demande d'asile ou d'octroi du statut de réfugié introduite par un ressortissant d'un autre État membre »⁷²³.

⁷²¹ E. AUBIN, « Le statut de citoyen européen et la demande du statut de réfugié politique dans l'Union : un oxymore », *AJDA*, 2010, p.796.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Doc. CONF. 3925/96, p.6.

Cette proposition espagnole s'inscrivait dans un contexte de lutte contre l'ETA. En effet, la Belgique avait refusé sa demande d'extradition de deux membres espagnols de cette organisation en instruisant leurs demandes d'asile. L'Espagne souhaitait donc empêcher que des séparatistes basques de nationalité espagnole puissent demander le statut de réfugié politique dans d'autres États membres.

À l'époque, au Conseil européen de Dublin, certains États membre, notamment la France, avaient soutenu cette position en estimant que « l'octroi de l'asile par un État membre de l'Union à un ressortissant d'un autre État membre constitue un acte inamical à l'égard de celui-ci »⁷²⁴. Une telle prise de position se justifiait par le fait que l'appartenance à l'Union rendrait impossible toute persécution de l'individu, vaudrait en quelque sorte « brevet de respectabilité »⁷²⁵, « label de bonne conduite »⁷²⁶ aux États membres. En d'autres termes, l'appartenance d'un État à l'Union lui conférerait une présomption quasi irréfragable d'État démocratique. Ce n'est pas faux. Toutefois, comme le rappelle E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, cet argument est critiquable. Admettre que les États membres respecteraient les droits de l'Homme et les principes démocratiques est particulièrement discutable. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler les différentes condamnations de plusieurs États membres par la Cour européenne des droits de l'Homme. En outre, « comment peut-on préjuger de l'avenir et affirmer de manière absolue que les États membres de l'Union européenne sont définitivement à l'abri de toute dérive ? » s'inquiètent également ces mêmes auteurs⁷²⁷. Cependant, lors du Conseil de Dublin, la proposition espagnole avait été retenue puisque celui-ci « invit[ait] la Conférence à mettre au point la proposition importante visant à modifier les traités, afin d'établir clairement la principe qu'aucun citoyen d'un État membre de l'Union ne peut demander l'asile dans un autre État membre, compte tenu des traités internationaux »⁷²⁸. Lors des négociations postérieures au Conseil de Dublin, face à certaines critiques, l'Espagne a reformulé sa proposition qui fut adoptée au Sommet d'Amsterdam sous

⁷²⁴ Cité par F. CRÉPEAU, *Le droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles des flux migratoires*, Bruxelles, Bruylant, Coll. de droit international n°29, 1995, p.272.

⁷²⁵ E. AUBIN, « Le statut de citoyen européen et la demande du statut de réfugié politique dans l'Union : un oxymore », *op. cit.*

⁷²⁶ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, « La consolidation de l'État de droit européen », in M. TELO et P. MAGNETTE (dir.), *De Maastricht à Amsterdam. L'Europe et son nouveau traité*, Bruxelles, éd. Complexes, 1998, p.76.

⁷²⁷ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, « Le citoyen européen privé du droit d'asile ? », *JTDE*, 1997, p.204.

⁷²⁸ Doc. SN 401/1/96, point IV (« La Conférence intergouvernementale »), p.13.

la forme d'un protocole annexé au traité.

L'article unique n°24 du ce protocole dit «Aznar»⁷²⁹ prend ainsi la mesure de l'altération substantielle du droit d'asile des citoyens de l'Union en faisant le choix de ne pas interdire par principe ce droit. Certes, il reconnaît l'argument de la présomption de sûreté des États membres en affirmant que « vu le niveau de protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans les États membres de l'Union européenne, ceux-ci sont considérés comme constituant des pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile. En conséquence, toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre ne peut être prise en considération ou déclarée admissible pour instruction ». Toutefois, il énumère quatre cas dans lesquels une demande d'asile présentée par un ressortissant européen peut être prise en considération ou déclarée admissible pour instruction par un autre État membre⁷³⁰. Seule la Belgique, par une déclaration⁷³¹, ne s'y est pas associée.

Malgré ces exceptions, certains auteurs tiennent une position critiquable à l'égard du «protocole Aznar» en ce que cette inégalité entre candidats réfugiés poserait question au regard de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés⁷³². Il est loisible de

⁷²⁹ Protocole n°24 sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne, JO C 83 du 30 mars 2010, p.305.

⁷³⁰ Un ressortissant d'État membre peut voir sa demande d'asile par l'État membre d'accueil :

« a) si l'État membre dont le demandeur est ressortissant, invoquant l'article 15 de la Convention de Rome sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prend, après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, des mesures dérogeant, sur son territoire, à ses obligations au titre de cette convention;

b) si la procédure prévue à l'article F.1, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne a été déclenchée et jusqu'à ce que le Conseil prenne une décision à ce sujet;

c) si le Conseil, statuant sur la base de l'article F.1, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, a constaté, à l'égard de l'État membre dont le demandeur est ressortissant, l'existence d'une violation grave et persistante par cet État membre de principes énoncés à l'article F, paragraphe 1;

d) si un État membre devait en décider ainsi unilatéralement en ce qui concerne la demande d'un ressortissant d'un autre État membre; dans ce cas, le Conseil est immédiatement informé; la demande est traitée sur la base de la présomption qu'elle est manifestement non fondée sans que, quel que soit le cas, le pouvoir de décision de l'État membre ne soit affecté d'aucune manière ».

⁷³¹ Déclaration de la Belgique relative au protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne : « Le protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne ne préjuge pas le droit de chaque État membre de prendre les mesures d'organisation qu'il juge nécessaire pour remplir ses obligations au titre de la Convention de Genève du 28 juillet relative au statut des réfugiés ».

⁷³² Voir F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la

considérer avec E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, que ne plus accorder le bénéfice du droit d'asile aux citoyens de l'Union crée une discrimination fondée sur l'origine nationale du demandeur⁷³³. Ces auteurs rappellent, en effet, que selon l'article 1^{er}, point A (2) de la Convention de Genève, le terme de réfugié est défini comme « toute personne qui (...), craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ». De même, l'article 3 de cette Convention semble interdire cette discrimination lorsqu'il affirme que « les États contractants appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine ». Peut être également soutenu que cette discrimination est contraire à l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui prévoit que « devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». C'est ainsi qu'une observatrice de l'Agence des Nations Unies pour les Réfugiés a affirmé que « le protocole a pour objet de réduire radicalement ou de supprimer les possibilités d'asile au sein de l'UE pour les ressortissants de l'Union. Il viole la lettre et l'esprit de la Convention de 1951 sur les réfugiés, ainsi que d'autres instruments et principes relatifs aux droits de l'homme, dans cinq grands domaines. Il subordonne les décisions en matière d'asile à un processus politique qui inclut l'État contrevenant; il n'examine pas (en tant que principe général) les motifs qu'une personne peut avoir de craindre d'être persécutée; il restreint l'accès à toute forme de procédure d'établissement du statut; il adopte une démarche discriminatoire sur la base de la nationalité, et il élude les obligations internationales en s'en remettant aux obligations d'un autre État »⁷³⁴.

Rallié à ce mouvement, H. LABAYLE rappelle fort justement qu'« il n'est pas certain cependant que cette véritable –dilution conventionnelle—ait grand avenir au regard des

Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001 pp.257 et s. ; J.-Y. CARLIER, « Evolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions », *JDTE*, vol. 130, n°6425, 2011, pp.117 et s.

⁷³³ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, « Le citoyen européen privé du droit d'asile ? », *op. cit.*, p.205.

⁷³⁴ K. Landgren, *Deflecting international protection by treaty: bilateral and multilateral accords on extradition, readmission and the inadmissibility of asylum requests*, UNHCR. New issues in refugee research, Working Paper n°10, June 1999.

évolutions jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'Homme, lorsque cette dernière rappelle aux États parties que leur obligation de protection prime la présomption accompagnant l'appartenance à l'Union »⁷³⁵.

À titre d'illustration, l'auteur évoque trois arrêts du Conseil d'État en date du 30 décembre 2009⁷³⁶ dans lesquels le juge administratif applique à la lettre les dispositions tirées du «protocole Aznar» et annule la décision de la Commission de recours des réfugiés⁷³⁷ qui octroyait l'asile politique à un ressortissant roumain car elle n'avait pas vérifié si sa situation entrait bien dans l'un des quatre cas de figure envisagés par le protocole. La Roumanie ayant rejoint l'Union européenne, le Conseil d'État en déduit que cet État est présumé respecter les droits fondamentaux. Or, H. LABAYLE soulève une question essentielle : certes, depuis les négociations d'adhésion, les Roms ne peuvent plus demander l'asile dans les États membres de l'Union, mais « comment les États pourraient-ils passer sous silence les condamnations de la Roumanie à Strasbourg concernant la minorité Rom alors que la Cour européenne leur impose de prendre en compte la situation de l'asile en Grèce, objet d'autant de condamnations par la CEDH ? »⁷³⁸. En effet, cet État a été condamné au moins une quarantaine de fois par la Cour européenne des droits de l'Homme. Il existe donc bien des risques de craintes de persécutions des Roms. Peut-être faudrait-il envisager, à l'image de ce qui s'est passé avec l'arrêt *N.S.*⁷³⁹ de la Cour de justice, une obligation vis-à-vis des États d'accorder l'asile dans cette circonstance ?

Plus généralement, cet exemple de discriminations à rebours «européenne» prouve qu'un étranger peut voir sa situation devenir plus vulnérable au moment de l'adhésion de son État d'origine à l'Union européenne. Et, face à cette situation dans laquelle un citoyen de

⁷³⁵ H. LABAYLE, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFDA*, 2011, pp.273 et s.

⁷³⁶ CE, 30 décembre 2009, *Cosmin*, n°305226, *aux tables*. Voir également les requêtes 305227 et 305229. Sur cet arrêt, voir le commentaire de S. SLAMA, « Protocole Aznar: l'ancêtre toujours vivant des listes de pays d'origine sûrs (CE, 30 décembre 2009, *Cosmin* A.) », <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/01/08/protocole-aznar-lancetre-toujours-vivant-des-listes-de-pays-dorigine-surs-ce-30-decembre-2009-cosmin-a-2/>

⁷³⁷ Désormais nommée la Cour nationale du droit d'asile.

⁷³⁸ H. LABAYLE, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *op. cit.*

⁷³⁹ CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, *Rec.*, p. I-13905.

l'Union se voit refuser un droit octroyé à un étranger ordinaire, le droit de l'Union est indifférent.

Paragraphe 2. L'indifférence du droit de l'Union à l'égard des discriminations entre les ressortissants de pays tiers et les citoyens de l'Union

« Si [« le statut fondamental de citoyen de l'Union »], créé par la Cour, ne l'incite même pas à assurer que le citoyen de l'Union ne peut pas être traité moins bien que le ressortissant d'un pays tiers, alors quelle est son utilité ? »⁷⁴⁰, s'interroge avec juste raison D. MARTIN à la suite de l'arrêt *Vatsouras*. En effet, à la question de savoir si le statut de citoyen de l'Union interdit aux États membres de mieux traiter un ressortissant d'État tiers qu'un ressortissant d'État membre, la Cour répond par la négative. Si la solution n'est pas contestable sur le plan juridique, elle l'est sur le plan politique au regard de la philosophie qui sous-tend la création de la citoyenneté de l'Union (A). Cette même critique peut être avancée lorsqu'il est entrepris une comparaison des arrêts *Kavheci*⁷⁴¹ et *McCarthy*⁷⁴² (B).

A. L'indifférence de la Cour de justice quant à l'exclusion du citoyen de l'Union de droits reconnus aux ressortissants d'États tiers par le droit national

Si le droit de l'Union impose aux États membres de traiter les étrangers, devenus

⁷⁴⁰ D. MARTIN, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, pp.319 et s.

⁷⁴¹ CJUE, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci (C-7/10) et Osman Inan (C-9/10)*, aff. C-7/10 et C-9/10, non encore publié au Recueil (ci-après «arrêt *Kahveci*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013 n°197 p.103 ; V. MICHEL, « Accord d'association UE-Turquie et double nationalité, *Europe*, 2012, Mai, Comm. n° 5, p.190 ; E.PATAUT, « Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci, Osman Inan*, affaires C-7/10 et C-9/10 », *RCDIP*, 2012-4, p.917.

⁷⁴² CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

citoyens de l'Union, comme ses nationaux, en revanche, il est indifférent au fait qu'un État traite mieux les ressortissants d'État tiers que les ressortissants des autres États membres. Ce principe a été affirmé explicitement pour la première fois par la Cour de justice dans l'arrêt *Vatsouras*⁷⁴³ à propos de l'accès d'un citoyen de l'Union à certains droits sociaux dans l'État membre d'accueil. Des ressortissants grecs s'étaient vus refuser une allocation en faveur des demandeurs d'emplois en Allemagne. Pourtant, celle même allocation était accordée à des ressortissants d'États tiers, candidats réfugiés. Le juge national allemand a interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si il n'y avait pas notamment une discrimination contraire à l'article 12 TCE (18 TFUE). Dans son arrêt, la Cour de justice rappelle que l'article 12 TCE (18 TFUE) ne condamne seulement les discriminations entre ressortissants des États membres et « ne s'oppose pas à une réglementation nationale, qui exclut les ressortissants des États membres du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux nationaux d'États tiers »⁷⁴⁴. Elle ne condamne donc pas la loi allemande octroyant des prestations sociales aux demandeurs d'asile disposant d'une autorisation de séjour temporaire et refusant de les attribuer aux citoyens de l'Union dont le droit de séjour découle exclusivement de l'objectif de recherche d'un emploi.

Dans son commentaire sur cet arrêt, D. SIMON évoque une solution jurisprudentielle qui était « prévisible »⁷⁴⁵. En effet, la Cour se fonde sur un raisonnement classique lorsqu'elle rappelle que l'article 12 TCE (article 18 TFUE), « interdit, dans le domaine d'application du Traité CE et sans préjudice des dispositions qu'il prévoit, toute discrimination en raison de la nationalité. Cette disposition concerne les situations relevant du champ d'application du droit communautaire dans lesquelles un ressortissant d'un État membre subit un traitement discriminatoire par rapport aux nationaux d'un autre État membre sur le seul fondement de sa nationalité ». Elle en déduit logiquement que le principe européen de non-discrimination « n'a pas vocation à s'appliquer dans le cas d'une éventuelle différence de traitement entre les

⁷⁴³ CJUE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) contre Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, aff. jointes C-22 et C-23/08, *Rec.*, p. I-04585 (ci-après «arrêt *Vatsouras*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Citoyenneté européenne - Libre circulation des travailleurs », *AJDA*, 2009 p.1538 ; J. CALALLINI, « Recherche d'emploi et accès aux aides sociales », *JCP S*, 2009, n°11325, p.34 ; D. SIMON, « Droit aux prestations en faveur des demandeurs d'emploi », *Europe*, 2009, Août-Septembre, comm. 306, p.22.

⁷⁴⁴ Dispositif, point 2, de l'arrêt *Vatsouras*, aff. jointes C-22 et C-23/08, précité.

⁷⁴⁵ D. SIMON, « Droit aux prestations en faveur des demandeurs d'emploi », *op. cit.*

ressortissants des États membres et ceux des États tiers »⁷⁴⁶.

En d'autres termes, comme l'affirme l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER dans ses conclusions sur cet arrêt, le droit de l'Union « ne fournit aucun critère permettant de résoudre la différence de traitement entre ressortissants communautaires et ressortissants de pays tiers soumis au droit de l'État membre d'accueil »⁷⁴⁷. Par conséquent, le droit de l'Union se désintéresse logiquement des discriminations entre ressortissants d'États membres et ressortissants d'États tiers qui sont la conséquence du droit national.

Certes, le raisonnement de la Cour de justice n'est pas juridiquement critiquable. La non interdiction par le droit de l'Union de ces discriminations est, comme c'est le cas des discriminations à rebours entre nationaux et citoyens de l'Union, le résultat du champ d'application du droit de l'Union européenne qui n'a pas vocation à se substituer à l'ensemble des législations relatives aux personnes. Cependant, sur le plan des principes, il faut se demander avec S. BARBOU DES PLACES s'il est possible de « s'accommoder de cette situation paradoxale si l'on prétend donner à la citoyenneté européenne une consistance »⁷⁴⁸ et oblige, selon D. MARTIN, « à s'interroger sur le sens de la formule de –statut fondamental de citoyen de l'Union»⁷⁴⁹.

En effet, la singularisation de cette catégorie devrait en passer par une différenciation nette avec les ressortissants d'États tiers. La fonction de la catégorie du citoyen de l'Union réside dans la volonté de lui attribuer un statut plus favorable que le ressortissant d'État tiers. En outre, du point de vue du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, la question soulève un problème éventuel, notamment au regard de la différence de traitement fondée sur la nationalité entre deux étrangers. Si la Cour européenne valide les situations dans lesquelles un étranger, devenu citoyen de l'Union, est mieux traité qu'un étranger ordinaire⁷⁵⁰,

⁷⁴⁶ Points 51 et 52 de l'arrêt *Vatsouras*, aff. jointes C-22 et C-23/08, précité.

⁷⁴⁷ Conclusions de l'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 12 mars 2009 dans l'affaire CJUE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) contre Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, aff. jointes C-22 et C-23/0822/08 et 23/08, point 66.

⁷⁴⁸ S. BARBOU DES PLACES, « La non-discrimination entre les européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l'Union », *op. cit.*, p.210.

⁷⁴⁹ D. MARTIN, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *op. cit.*

⁷⁵⁰ Cour EDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, n°123113/86.

il n'est pas certain qu'elle validerait l'hypothèse inverse surtout s'il n'existe pas de différence objective en lien avec la mesure qui soit susceptible de justifier une telle différence.

Dans le même sens, la Cour de justice semble indifférente à des situations de traitement différencié entre ressortissants d'États membres et ressortissants de pays tiers qui sont la conséquence non plus du droit national mais du droit de l'Union.

B. L'indifférence de la cour de justice quant à l'exclusion du citoyen de l'Union de droits reconnus aux ressortissants d'États tiers par le droit de l'Union

Se poser la question de la différence de traitement entre un ressortissant d'État membre et un ressortissant turc peut sembler juridiquement incongrue dès lors que ce ne sont pas les mêmes dispositions qui sont applicables à chacun. Cependant, cela ne signifie pas que cette comparaison peut être ignorée. En effet, la lecture comparée des arrêts *Kahveci*⁷⁵¹ et *McCarthy*⁷⁵² invite fortement à s'y risquer tant les solutions jurisprudentielles radicalement opposées auxquelles les juges de l'Union parviennent laissent particulièrement perplexe et interrogent également sur l'utilité de l'acquisition du statut de citoyen de l'Union.

L'affaire *Kahveci* était relative à l'expulsion d'un ressortissant turc des Pays-Bas, État dans lequel il était entré au titre du regroupement familial auprès de sa femme, travailleuse turque régulièrement employée aux Pays-Bas qui avait acquis la nationalité néerlandaise sans perdre sa nationalité turque. Le secrétaire d'État à la justice néerlandais s'était fondé sur plusieurs condamnations dont il avait l'objet pour retirer son titre de séjour. Ce dernier avait alors contesté cette décision en se prévalant de la décision 1/80 d'application de l'accord d'association entre l'Union et la Turquie⁷⁵³. M. Kahveci n'avait pas choisi d'invoquer sa qualité de membre de la famille d'une citoyenne de l'Union puisque la directive 2004/38/CE n'aurait pas été logiquement applicable à sa situation dès lors que sa femme vivait dans l'État

⁷⁵¹ CJUE, 29 mars 2012, *Kahveci*, aff. C-7/10 et C-9/10, précité.

⁷⁵² CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

⁷⁵³ Accord d'association entre la Communauté économique européenne et la Turquie du 12 septembre 1963, conclue, approuvé et confirmé par la Décision 64/732/CEE du Conseil du 23 décembre 1963, JO 1964, 217, p.3685.

membre de nationalité. Concrètement, il s'agissait d'une situation purement interne à l'État néerlandais. Il s'était donc prévalu de sa qualité de membre de la famille d'une ressortissant turque, dès lors que sa femme disposait encore de sa nationalité turque. Le secrétaire d'État à la Justice considérait pour sa part que l'accord d'association n'est pas applicable aux motifs que Madame Kahveci avait acquis la nationalité néerlandaise. Par conséquent, il considérait que M. Kahveci comme ressortissant de pays tiers, comme un étranger de droit commun, soumis aux règles générales du droit néerlandais des étrangers.

Saisi par le juge allemand, la Cour a rejeté l'argument invoqué par les autorités néerlandaises et considéré que la demande de monsieur Kahveci devait être examinée au regard de la décision n°1/80 liant l'Union et la Turquie qui a pour objectif d'« améliorer dans le domaine social le régime dont bénéficient les travailleurs turcs et les membres de leur famille en vue de réaliser progressivement la libre circulation »⁷⁵⁴. Elle a ajouté que cette finalité « serait contrecarrée si le fait d'obtenir la nationalité de l'État membre d'accueil obligeait un travailleur ayant toujours la nationalité turque à renoncer au bénéfice des conditions favorables au regroupement familial dans ledit État membre d'accueil »⁷⁵⁵.

Ainsi que le relève D. MARTIN⁷⁵⁶, il y a de quoi rester dubitatif quant à cette solution en comparaison avec celle issue de l'arrêt *McCarthy*⁷⁵⁷. Dans ce dernier arrêt, la Cour a, en effet, refusé à la requérante ayant à la fois la nationalité britannique et irlandaise la possibilité de se prévaloir de cette seconde nationalité pour obtenir le regroupement familial avec son conjoint ressortissant d'État tiers. La Cour s'est fondé sur le fait qu'elle avait toujours vécu au Royaume-Uni et ne pouvait donc se prévaloir de la directive 2004/38/CE. Elle estimait ainsi que sa double nationalité ne constituait pas un élément de rattachement suffisant au droit de l'Union. La requérante en l'espèce ne pouvait donc invoquer sa seconde nationalité, irlandaise, qui n'était pas la plus effective puisqu'il n'avait jamais vécu dans cet État membre. La Cour a ainsi refusé de transposer la solution issue de l'arrêt *Garcia Avello*⁷⁵⁸ à propos du droit au nom au droit au regroupement familial.

⁷⁵⁴ Point 34 de l'arrêt *Kahveci*, aff. C-7/10 et C-9/10, précité.

⁷⁵⁵ Point 35 de l'arrêt *Kahveci*, aff. C-7/10 et C-9/10, précité.

⁷⁵⁶ D. MARTIN, « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *op. cit.*, p.96.

⁷⁵⁷ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

⁷⁵⁸ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité.

La comparaison de ces deux solutions peut surprendre par ses contradictions. En effet, l'article 59 du protocole additionnel à l'accord entre l'Union et la Turquie dispose que : « Dans les domaines couverts par le présent protocole, la Turquie ne peut bénéficier d'un traitement plus favorable que celui que les États membres s'accordent entre eux en vertu du traité instituant la Communauté ». En d'autres termes, les États membres ne devraient pas mieux traiter un ressortissant turc qu'un ressortissant d'un autre État membre. Certes, la Cour a depuis nuancé ce principe en jugeant que la situation d'un travailleur turc ne pouvait utilement être comparée à celle d'un ressortissant d'un État membre⁷⁵⁹.

Mais pourquoi, dans l'arrêt *Kahveci*, fait-elle primer la nationalité turque d'une citoyenne de l'Union qui a acquis la nationalité néerlandaise ? En revanche, dans l'arrêt *MacCarthy*, pourquoi raisonne-t-elle dans le sens inverse en choisissant de ne pas faire primer sa nationalité irlandaise ? Dans le premier arrêt, elle décide de ne pas faire primer la nationalité effective et dans le second, elle ne s'y refuse pas, contrairement à la solution retenue dans l'arrêt *Micheletti*⁷⁶⁰.

Aussi, dans l'arrêt *Mesbash*⁷⁶¹, la Cour de justice a, dans une hypothèse très proche, validé l'interprétation de la Belgique qui empêchait une marocaine, membre de la famille d'un travailleur migrant belgo-marocain de se prévaloir de la nationalité marocaine de ce dernier pour invoquer l'application de l'accord d'association entre la Communauté et le Maroc, après que ce travailleur soit devenu binational, dès lors qu'il avait obtenu par naturalisation la nationalité de son État membre d'accueil. Il était possible d'interpréter cet arrêt comme consacrant l'indifférence du droit de l'Union à la question des effets juridiques attachés à la nationalité d'un État tiers dans un État membre⁷⁶². En l'espèce, la Cour choisit de raisonner autrement en refusant que les Pays-Bas empêche une personne de se prévaloir de sa nationalité étrangère au soutien d'un droit particulier. Comme le remarque E. PATAUT : « Le

⁷⁵⁹ CJUE, 16 juin 2011, *Pehlivan, Fatma Pehlivan contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-484/07, *Rec.*, p. I-05203, pt 65. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de V. MICHEL, « Accord d'association CE/Turquie. La Cour précise les pouvoirs des États pour réglementer le séjour des travailleurs turcs admis sur le territoire national au titre du regroupement familial ainsi que la condition de résidence régulière auprès du travailleur turc », *Europe*, 2011, Août-Sept., Comm. n° 8-9, p.23.

⁷⁶⁰ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, précité.

⁷⁶¹ CJCE, 11 novembre 1999, *Mesbah*, aff. C-179/98, précité.

⁷⁶² S. CORNELOUP, « Réflexions sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI*, 2011, p.497.

résultat est incontestablement intrigant, qui conduit, au nom du droit de l'Union, non seulement d'invoquer une nationalité étrangère plutôt que celle du for, mais encore à permettre d'invoquer une nationalité extra-européenne plutôt qu'une nationalité européenne »

⁷⁶³

Ces solutions jurisprudentielles paraissent peu cohérentes. Ces errements de la Cour invitent à juste titre à questionner le bien-fondé de ces solutions contradictoires. Cependant, ces solutions opposées peuvent également se justifier. Contrairement à l'accord UE/Maroc « qui n'a pas pour objectif de réaliser la libre circulation des ressortissants marocains à l'intérieur de la Communauté, mais tend uniquement à consolider la situation sociale des travailleurs marocains et des membres de leur famille résidant avec eux dans le seul État membres d'accueil »⁷⁶⁴, la finalité de la décision 1/80 est l'intégration des ressortissants turcs sur le territoire de l'Union européenne. Or, Madame *Kahveci* est pleinement intégrée en Allemagne. Et pour preuve ultime, elle y a demandé sa naturalisation. Elle a « atteint l'apogée de l'intégration » comme le soulève l'avocate générale SHARPSTON⁷⁶⁵. Et, lui refuser le regroupement familial parce qu'elle serait également devenue allemande irait à l'encontre même de l'objectif d'intégration des turcs dans l'État membre de l'Union d'accueil. En revanche, la finalité du droit de la citoyenneté de l'Union est prioritairement la libre circulation des ressortissants des États membres et leur intégration dans l'État membre d'accueil. Or, la question de l'intégration de Madame McCarthy ne se posait pas puisqu'elle réside dans son État d'origine et n'a jamais résidé en Irlande. Et, sa libre circulation n'est pas entravée par le refus du regroupement familial puisque rien ne l'empêche de migrer dans un autre État membre et de demander justement le regroupement familial fondé sur la directive 2004/38/CE.

Bien que critiquable, l'approche comparée de ces deux arrêts confirme l'indifférence de la Cour de justice quant à la possible re-catégorisation moins favorable de l'étranger devenu citoyen de l'Union.

⁷⁶³ E. PATAUT, « Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci, Osman Inan*, affaires C-7/10 et C-9/10 », *op. cit.*, p.927.

⁷⁶⁴ Point 36 de l'arrêt *Mesbah*, aff. C-179/98, précité.

⁷⁶⁵ Conclusions de l'avocate générale SHARPSTON présentées le 20 octobre 2011 dans l'affaire CJUE, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci (C-7/10) et Osman Inan (C-9/10)*, aff. C-7/10 et C-9/10.

CONCLUSION DU TITRE

Le citoyen de l'Union qui se déplace dans un autre État membre est-il assimilé au national dudit État ou à un étranger ordinaire ? La compréhension de cette interrogation se révèle plus complexe qu'elle n'y paraît. D'évidence, il semble simple de se limiter à identifier le ressortissant d'un autre État membre comme une catégorie intermédiaire, entre le national et l'étranger. S'il répond toujours à la définition d'un étranger sur le plan formel, il ne fait aucun doute que l'étendue des droits qui lui sont désormais octroyés dans l'État d'accueil le rapproche du national et l'éloigne progressivement de l'étranger ordinaire. La nationalité, comme support des différences juridiques entre le national et l'étranger est ainsi particulièrement remise en cause.

Cependant, le citoyen de l'Union n'est pas dans une situation d'égalité parfaite avec le national de l'État membre d'accueil. D'une part, il demeure une limite franche à son assimilation au national, celle de pouvoir être éloigné du territoire de l'État membre d'accueil s'il porte atteinte à l'ordre public national. D'autre part, il est possible d'affirmer avec R. HERNU que l'égalité n'est peut être pas « la caractéristique essentielle de la citoyenneté de l'Union »⁷⁶⁶. En effet, ce principe peut signifier que le national peut être moins bien traité que le ressortissant d'un autre État membre lorsque le traitement de ce dernier est «européanisé». Le national ne peut en principe invoquer le principe européen de non-discrimination à l'encontre de son propre État. Plus surprenant est que ce principe ne peut pas être invoqué par un citoyen de l'Union lorsqu'il est moins bien traité qu'un étranger ordinaire dans l'État membre d'accueil. L'acquisition de la citoyenneté de l'Union par un étranger peut par conséquent le rendre plus vulnérable qu'un étranger ordinaire.

Le droit de l'Union brouille ainsi la traditionnelle distinction entre le national et l'étranger qui fondée sur la nationalité. L'étranger, devenu citoyen de l'Union, est à la fois un «quasi-national» et un «quasi-étranger» dans l'État membre d'accueil, il peut être également plus qu'un national et moins qu'un étranger.

⁷⁶⁶ R. HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p.44.

CONCLUSION DE LA PARTIE

L'étranger qui se déplace dans un autre État membre voit se croiser en son sein deux ordres juridiques : le droit dudit État et le droit de l'Union. Dans l'État, le ressortissant d'un autre État membre ne doit plus être appréhendé comme un individu possédant une nationalité étrangère mais une «nationalité européenne», entendue comme possédant une nationalité d'un autre État membre. Cette nouvelle appréciation de la nationalité dans les États aboutit à un encadrement de l'exercice de la compétence des États lorsqu'est en jeu la «nationalité européenne». Du point de vue des États membres, cette évolution juridique peut être contestée puisque leur capacité de maintenir un pouvoir discrétionnaire en matière de nationalité est altérée. Du point de vue de l'Union européenne, elle participe à l'émergence d'une «nationalité européenne» commune dans la mesure où la Cour consacre « un trait de régime spécifique de la nationalité de la citoyenneté de l'Union »⁷⁶⁷. Elle contribue ainsi à autonomiser le processus européen de catégorisation des citoyens et des étrangers de l'Union.

Toutefois, l'on peut regretter que cette «nationalité européenne» puisse être utilisée à des fins d'instrumentalisation par les citoyens de l'Union qui souhaitent bénéficier du droit national le plus favorable et, par les États membres lorsqu'ils en «vendent» l'accès à des ressortissants de pays tiers n'ayant aucun lien effectif avec ledit État. Il en ressort que la «nationalité européenne» devient dépourvue de substance et d'effectivité. Aussi, la possession d'une «nationalité européenne» n'est pas un lien juridique univoque. Tous les citoyens de l'Union ne sont pas dans une situation similaire. Le principe de non-discrimination issu du droit de l'Union implique seulement un traitement national du ressortissant d'un autre État membre et non, un traitement européen uniforme de tous les citoyens de l'Union.

Tout comme il n'existe pas d'approche unifiée du citoyen de l'Union, il n'y a pas non plus d'approche commune et unifiée de l'étranger, ressortissant de pays tiers, sur le territoire de l'Union européenne. Nonobstant l'émergence d'une politique commune en matière d'immigration et d'asile, le ressortissant de pays tiers demeure écartelé entre l'État et l'Union.

⁷⁶⁷ G. DE LA PRADELLE, « Incidences du droit de l'Union sur la nationalité dans les États membres », *op. cit.*, p.182.

Cette superposition des espaces normatifs de référence pour l'étranger extra-européen crée un enchevêtrement des normes favorisant la mise en concurrence du droit national de l'étranger.

PARTIE 2

LA MISE EN CONCURRENCE DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS

Parler de mise en concurrence des droits pourrait sembler inopportun⁷⁶⁸. D'une part, l'idée selon laquelle la construction européenne reposerait sur une mise en concurrence des ordres juridiques nationaux n'est pas évidente dans la mesure où « le droit de l'Union européenne ne s'est pas construit sur un modèle de compétition entre les États membres (...) ». Les traités de l'Union européenne n'ont pas vocation à créer un supermarché européen du droit où les gouvernements et les citoyens auraient toute liberté pour stimuler une mise en concurrence parfaite des ordres juridiques nationaux »⁷⁶⁹. D'autre part, évoquer l'idée d'une concurrence verticale entre les ordres juridiques, nationaux et de l'Union européenne, paraît encore moins pertinent *a priori*. En ce sens, V. MICHEL voit dans l'association des notions d'ordre juridique et de concurrence une antinomie apparente lorsqu'elle affirme que « ordre contre désordre, droit contre économie, rien ne paraît justifier le rapprochement entre ordre juridique et concurrence. Plus que cela, les rapports entre ordres juridiques - national et communautaire - ici obéissent à des règles bien connues tendant à établir une hiérarchie entre eux »⁷⁷⁰. En somme, « les ordres juridiques seraient désormais dans une relation de coexistence pacifique »⁷⁷¹.

Si l'hypothèse même de concurrence juridique dans le contexte européen est apparemment discutable, « l'idée n'est [pourtant] pas incongrue »⁷⁷². Comme le suggèrent S.

⁷⁶⁸ A. RAYNOUARD, « La concurrence normative dans l'Union européenne », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p.903.

⁷⁶⁹ S. HARNAY et J.-S. BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen », *RIDE*, 2011/2- t.XXV, p.175.

⁷⁷⁰ V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *ADE*, 2004, vol. II, p.31. L'auteur explique que « la condamnation du dualisme et l'affirmation de la primauté du droit communautaire offrent des solutions juridiques aux questions de rapports entre systèmes, laissant ainsi penser qu'il n'est pas nécessaire d'évoquer une quelconque concurrence entre eux ».

⁷⁷¹ P. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.197.

⁷⁷² V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de

HARNAY et J.-S. BERGÉ, elle peut constituer un outil d'analyse du droit de l'Union européenne et de la construction européenne⁷⁷³. Appliqué dans l'ordre juridique de l'Union, ce concept permet d'étudier les mécanismes par lesquels un État membre adopte et adapte ses normes juridiques en comparaison avec les normes juridiques des autres États membres ou celles de l'Union, afin d'accéder aux demandes des utilisateurs du droit, qu'il convient d'attirer sur leur territoire national. De la sorte, par un phénomène d'imitation qu'elle crée entre les États ou de réaction des États aux normes européennes, la concurrence juridique horizontale et verticale « serait de nature à remplacer une harmonisation fastidieuse, longue, inefficace et source de droit unique inadapté heurtant les diversités nationales au stade de l'application »⁷⁷⁴.

Force est de reconnaître que cette logique de concurrence juridique, qu'elle soit verticale ou horizontale, se vérifie dans le cadre du droit des étrangers. La « diffusion imitative »⁷⁷⁵ favorisée par la concurrence normative horizontale et l'adaptation des États membres aux normes européennes potentiellement concurrentes induisent effectivement une harmonisation spontanée des législations nationales. Las, le problème est qu'elle se fait au prix d'un alignement des droits des étrangers vers le bas. Telle est justement la faiblesse de l'harmonisation spontanée. À ce propos, A. NOBLET affirme ce phénomène « ne serait pas en soi néfaste si c'était le meilleur qui était copié. Malheureusement, il convient d'admettre que c'est souvent le pire »⁷⁷⁶. Ce constat peut être, en matière de droit des étrangers, démontré en deux temps.

Le premier temps de la démonstration analyse la concurrence juridique sur le plan vertical, c'est-à-dire entre l'ordre juridique de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux. Elle dérive de l'observation par laquelle les étrangers tiers à l'Union, face à un

reconnaissance mutuelle », *op. cit.*, p.31.

⁷⁷³ S. HARNAY et J.-S. BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen », *op. cit.*, p.192.

⁷⁷⁴ P.-Y. MONJAL, « Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne : les limites de la simplification », *AJDA*, 2003, p.2177 et s.

⁷⁷⁵ Expression empruntée à P. BELTRAME et G. MONTAGNIER, « L'Europe des impôts », *AJDA*, 1990, p.246.

⁷⁷⁶ A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, Thèse, Université de Rouen, 2004, dactyl., p.289. L'auteur fait référence à l'harmonisation spontanée en matière fiscale.

dédoublément du cadre catégoriel, peuvent mettre en œuvre des stratégies juridiques d'évitement du droit le moins favorable à leur situation. « Ballottés »⁷⁷⁷ entre le droit de l'Union et le droit national, les ressortissants des pays tiers qui entrent et/ou séjournent sur le territoire de l'Union, peuvent faire jouer la concurrence entre ces deux ordres juridiques, le plus souvent au profit du premier. Ainsi, ils peuvent échapper au rattachement à une catégorie nationale plus restrictive au profit du rattachement à une catégorie européenne plus favorable. De manière plus explicite, ils « modulent leur positionnement »⁷⁷⁸ dans le but d'obtenir un statut moins contraignant sur le territoire d'un État membre par le recours au droit de l'Union. Il s'agit donc bien d'une question de mise en concurrence normative verticale. L'identification des hypothèses de contournement du droit national de l'immigration et les conséquences sur les compétences migratoires des États membres rendent nécessaire et inévitable l'analyse de la marge de manœuvre dont disposent les États membres en matière de lutte contre ce phénomène de re-catégorisation plus favorable de l'étranger ordinaire (Titre 1).

Le second temps de la démonstration s'attache à la concurrence juridique sur le plan horizontal. Cette étude révèle que les États, face à cette concurrence entre les droits nationaux, mettent en œuvre des stratégies juridiques d'évitement des flux migratoires. La première hypothèse de stratégie juridique résulte du fait que l'Union européenne, comme mécanisme de neutralisation de toute concurrence normative horizontale, n'a pas conduit à un gommage des disparités nationales. Par conséquent, l'absence d'uniformisation de la catégorie de l'étranger au niveau de l'Union « donne naissance à un champ juridique disparate, guère commode pour créer un véritable espace européen »⁷⁷⁹. Ce maintien d'une diversité des législations nationales peut toutefois conduire à un alignement plus ou moins spontané des législations nationales. Certains travaux ont, par exemple, déjà préconisé l'abandon de la politique d'harmonisation des législations nationales en matière économique, au profit de la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux comme alternative la plus efficace à l'harmonisation des législations nationales. Ce processus présenté « comme démocratique et efficace, car [il] révèle les préférences des utilisateurs de la norme

⁷⁷⁷ P. ICARD, « Immigration, mondialisation : histoire d'un paradoxe communautaire », p.419.

⁷⁷⁸ S. BARBOU DES PLACES, « Les étrangers –saisis” par le droit. Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *op. cit.*, p.35.

⁷⁷⁹ P. ICARD, « Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne : un impressionnisme juridique », in C. BERTRAND (dir.) *L'immigration dans l'Union européenne : aspects actuels de droit interne et de droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions sociologiques, 2008, p.127.

juridique »⁷⁸⁰ forcerait les autorités nationales à élaborer des règles optimales et attractives pour les destinataires. Toutefois, en droit des étrangers, cette dynamique de rivalité n'assure pas l'élaboration de normes juridiques nationales plus attractives et protectrices pour les étrangers. Bien au contraire, le maintien d'une concurrence normative horizontale entretenue par les directives d'harmonisation elles-mêmes, offre aux États la possibilité d'instrumentaliser le droit de l'Union pour durcir leurs législations nationales relatives aux étrangers. La seconde hypothèse de stratégies juridiques étatiques d'évitement des étrangers est plus insidieuse parce qu'elles sont mises en œuvre là où une règle européenne unique s'impose pourtant sur tout le territoire de l'Union. C'est ainsi que même en présence d'une neutralisation européenne de toute concurrence normative horizontale ; lorsque la marge de manœuvre des États est strictement encadrée par le droit de l'Union, ces derniers parviennent tout de même à instrumentaliser la règle européenne unique pour se dérober face à leur responsabilité en matière d'immigration et d'asile, et ce au détriment des autres États membres mais également des étrangers (Titre 2).

⁷⁸⁰ P.-Y. MONJAL, « Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne : les limites de la simplification », *op. cit.*, pp.2177 et s.

TITRE 1

LES DROITS NATIONAUX CONCURRENCÉS PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

P. ICARD constate que la dualité du cadre catégoriel, dans lequel s'insère l'étranger tiers à l'Union entrant et/ou séjournant sur le territoire de l'Union, « brouille » particulièrement sa situation qui se trouve « à la confluence de multiples sources juridiques rendant son statut complexe »⁷⁸¹. De fait, la superposition des ordres juridiques des États membres et de l'Union crée « une sorte d'impressionnisme juridique » qui rend la question de l'ordre juridique de rattachement de la situation de l'étranger tiers à l'Union particulièrement délicate à résoudre⁷⁸². Surtout, cette superposition des cadres catégoriels étatiques et de l'Union favorise des options de catégories juridiques pour le ressortissant de pays tiers.

Pourtant, les catégories juridiques ne sont pas, en théorie, « optionnelles mais des catégories imposées aux étrangers »⁷⁸³. La catégorie de rattachement de l'étranger est rigide dans la mesure où, une fois déterminée, l'étranger est enfermé dans cette catégorie. Les catégories sont alors séparées et les statuts juridiques sont indépendants les uns des autres. Cette imperméabilité entre catégories se manifeste pour exemple dans l'interdiction du cumul de statuts⁷⁸⁴ utilisée justement dans la prévention des stratégies mises en place par les étrangers pour entrer en Europe au titre d'une catégorie pour tenter ensuite de glisser vers une autre catégorie plus favorable.

Ce principe national de l'enfermement de l'étranger dans une catégorie juridique est cependant contrarié dès lors que ce dernier peut échapper à la catégorisation nationale des étrangers au profit de la catégorisation européenne des ressortissants de pays tiers plus

⁷⁸¹ P. ICARD, « Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne: un impressionnisme juridique », *op. cit.*, p.128.

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ S. BARBOU DESPLACES, « Les étrangers –saisis” par le droit. Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *op. cit.*, p.3.

⁷⁸⁴ Voir par exemple, la directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, précitée. Elle garantit un statut protecteur au bout de 5 ans de résidence légale. Elle exclut par contre de son champ d'application ceux qui font des études ou suivent une formation temporaire, ceux qui bénéficient d'une protection temporaire ou encore les réfugiés.

favorable. Saisi par le droit de l'Union, le ressortissant de pays tiers se libère d'un cadre catégoriel national restrictif. Pour preuve, certains ressortissants de pays tiers peuvent passer de la catégorie nationale d'étranger irrégulier à la catégorie européenne d'étranger privilégié ou cumuler des statuts, dès lors qu'ils remplissent certains critères de rattachement au droit de l'Union. C'est la rigidité du cadre catégoriel national qui incite alors l'étranger à créer une situation européenne afin de pouvoir invoquer le droit de l'Union moins contraignant et bénéficier ainsi d'une entrée et/ou d'un séjour régulier sur le territoire de l'Union (Chapitre 1). Pour empêcher que certains ressortissants de pays tiers tentent de se soustraire à l'emprise des législations nationales et que les justiciables se prévalent du droit d'Union, la Cour de justice a tenté d'élaborer une jurisprudence anti-contournement. Seulement, elle ne convainc pas, tant les contours de la notion de l'abus de droit sont particulièrement restreints. Par conséquent, les États membres privilégient la voie de la prévention en jouant sur les causes de ces contournements européens de leurs législations (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LE CONTOURNEMENT DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS PAR LE RECOURS AU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

La superposition des cadres catégoriels nationaux et de l'Union relatifs aux ressortissants de pays tiers crée des cas où l'étranger se façonne une situation européenne plus satisfaisante lui permettant de contourner « la législation [nationale] dérangeante »⁷⁸⁵ qui lui est normalement applicable. L'intérêt de la qualification européenne de la situation de l'étranger se révèle déterminante. Elle peut lui permettre d'échapper à une mesure nationale de refus d'entrée et/ou de séjour sur le territoire national en entrant dans une catégorie européenne plus favorable.

C'est en matière de regroupement familial que ce phénomène a été particulièrement identifié en raison de la fragmentation de la catégorie nationale de l'étranger membre de la famille. Soit, le ressortissant de pays tiers est soumis à la législation nationale relative à l'immigration s'il est membre de la famille d'un national sédentaire. Soit, il est soumis à la législation européenne relative au regroupement familial des citoyens de l'Union s'il est membre de la famille d'un citoyen de l'Union migrant. Et, parce que le citoyen de l'Union sédentaire ne peut pas, en principe, invoquer les principes de la libre circulation à l'encontre de son propre État, il peut être incité à créer un élément transfrontalier afin d'obtenir les droits que l'ordre juridique de l'Union européenne « offre comme –prix» à la mobilité »⁷⁸⁶. Et, comme prix à la mobilité, le droit de l'Union procure souvent des avantages notamment en matière de regroupement familial.

Ainsi, le citoyen de l'Union qui migre sur le territoire d'un État membre autre que celui accueillant naturellement l'opération juridique peut obtenir un régime juridique plus favorable pour le membre de sa famille, ressortissant de pays tiers, plus particulièrement la régularisation de son séjour. Dès que les conditions européennes d'exercice du droit de séjour sont remplies par le citoyen de l'Union, la migration de celui-ci dans un autre État membre

⁷⁸⁵ M. POIARES MADURO, prise de position présentée le 11 juin 2008 sur l'affaire CJCE, 25 juillet 2008, *Blaise Baheten Metock et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-127/08, point 64.

⁷⁸⁶ H. TAGARAS, « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites –purement internes» », *op. cit.*, p.1537.

impose le rattachement de la situation du membre de la famille ressortissant de pays tiers à une catégorie européenne privilégiée. Plus exceptionnellement, cette option de législation autorisant le sujet étranger tiers à l'Union à jouer des frontières mobiles entre les catégories nationales et européennes se confirme dans des cas particuliers d'absence de migration du citoyen de l'Union (Section 1). Ce phénomène de «re-catégorisation» du ressortissant d'État tiers révèle la difficulté à déterminer avec certitude la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres en matière d'immigration et plus précisément en matière de première admission des étrangers sur le territoire de l'Union (Section 2).

SECTION 1. L'IDENTIFICATION DES HYPOTHÈSES DE CONTOURNEMENT EUROPÉEN DES LÉGISLATIONS NATIONALES RELATIVES AUX ÉTRANGERS

Face à un cadre catégoriel dédoublé, l'étranger tiers à l'Union européenne peut créer une situation d'interchangeabilité possible des catégories juridiques - nationale et européenne - et *in fine* des régimes juridiques applicables. Il existe, en effet, des situations où le droit national et le droit de l'Union peuvent potentiellement régir sa situation. Une telle hypothèse trouve particulièrement confirmation en matière de regroupement familial. Et, parce que les droits nationaux sont souvent plus sévères, « le droit de l'Union agit alors comme un pôle d'attraction incitant le national jusque là sédentaire à exercer sa liberté de circulation dans le seul but de contourner la loi migratoire de son pays »⁷⁸⁷. L'enjeu d'une telle passerelle entre deux catégories juridiques est ainsi fondamental pour l'étranger concerné.

Le mariage du ressortissant de pays tiers avec un citoyen de l'Union migrant peut ainsi lui faciliter l'entrée sur le territoire de l'Union ou permettre la régularisation de son séjour (Paragraphe 1). Plus exceptionnellement, le national qui n'a pas migré peut bénéficier du droit de l'Union plus favorable pour le membre de sa famille ressortissant d'État tiers. En effet, à partir de l'activité récente de la Cour de justice, une nouvelle hypothèse de contournement du droit national de l'immigration a été consacrée. Elle repose plus précisément sur la protection du statut de l'enfant citoyen de l'Union permettant la régularisation du séjour de ses parents ressortissants d'États tiers (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'éviction du droit national des étrangers par le recours au mariage avec un citoyen de l'Union migrant

En principe, les conditions d'un premier accès d'un étranger sur le territoire de l'Union européenne sont arrêtées dans une large mesure par les États membres. À ce titre, l'avocat général L.A. GEELHOED rappelle que « c'est aux États membres qu'il appartient de

⁷⁸⁷ A. JAUREGUIBERRY, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : Etude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », *op. cit.*, p.361.

décider de la première admission sur leurs territoires respectifs de personnes originaires de pays tiers, selon les critères fixés par leurs législations nationales. Cela implique que ces États sont en droit de n'admettre le ressortissant d'un pays tiers qu'après un examen de sa situation individuelle, ce qui, de fait, constitue la pratique habituelle dans la plupart des États membres »⁷⁸⁸.

Or, les États membres sont parfois dessaisis de cette compétence dès lors que le ressortissant de pays tiers est membre de la famille d'un citoyen de l'Union migrant. L'exercice des droits que les ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union migrant tirent directement des actes de l'Union pertinents est, en effet, susceptible d'interférer avec la compétence des États membres en matière d'immigration. Et, parce que le droit dérivé relatif à la libre circulation européenne leur offre souvent des facilités quant à l'entrée et/au séjour sur le territoire de l'Union, l'eupéanisation de leur situation est judicieuse. Les juges nationaux et de l'Union européenne ont été confrontés à ce « dilemme »⁷⁸⁹ dans la mesure où « en ce qu'elle est relative à des ressortissants d'États tiers, [cette question] (...) concerne la politique migratoire. En ce que ceux-ci sont membres de la famille d'un citoyen européen séjournant dans un autre État membre que celui de sa nationalité, [cette question] concerne le droit communautaire de la libre circulation »⁷⁹⁰. Concrètement, la législation européenne portant sur le regroupement familial se situe dans une « zone grise » où elle s'entrecroise avec le principe de liberté de circulation et les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. La Cour de justice, « cheville ouvrière de cette mosaïque juridique de l'Union »⁷⁹¹ doit alors tenter de combler cet « angle mort du droit de l'Union européenne »⁷⁹². En somme, elle doit régler « ce délicat problème de l'application concurrente de la législation en matière d'immigration et de la libre circulation des personnes »⁷⁹³. Face à cette tension entre le niveau

⁷⁸⁸ Conclusions de l'avocat général L.A. GEELHOED présentées le 27 avril 2006 dans l'affaire CJCE, 11 décembre 2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contre R. N. G. Eind*, aff. C-291/05, point 33.

⁷⁸⁹ *Ibid*, point 10.

⁷⁹⁰ J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1^{er} janvier-31 décembre 2008) », *JDE*, 2009, p.80.

⁷⁹¹ A. BERRAMDANE, « La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p.229.

⁷⁹² Expression empruntée à A. BERRAMDANE, *ibid*, p.242.

⁷⁹³ M. SOUSSE, « Etablissement temporaire d'un couple dans un État membre en vue de conférer au conjoint

européen et le niveau national, la Cour de justice a recherché un équilibre entre la gestion de l'immigration par les États membres et le respect du droit des citoyens de l'Union migrants de vivre en famille. Cependant, la recherche de cet équilibre s'est faite au profit de l'effectivité des libertés de circulation et par conséquent au détriment de la compétence migratoire des États membres.

Les facilités quand à l'entrée et au séjour des ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union migrant, consacrées par droit de l'Union dérivé (A), ont ainsi été particulièrement développées et enrichies par la Cour de justice (B).

A. Les facilités consacrées par le droit de l'Union dérivé relatif à la libre circulation des citoyens de l'Union

Le droit au regroupement familial offre une porte d'entrée facilitée sur le territoire de l'Union pour les ressortissants d'État tiers s'ils sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne. Le droit de l'Union consacre, en effet, un droit au regroupement familial pour le citoyen de l'Union particulièrement protecteur pour les membres de sa famille.

Initialement, l'immigration familiale a été abordée, dans les années soixante, par le droit communautaire sous un angle économique comme un droit accessoire à la mobilité des travailleurs communautaires, salariés⁷⁹⁴ ou indépendants⁷⁹⁵, puis étendu aux étudiants⁷⁹⁶,

étranger un droit d'entrée et de séjour », *D.*, 2004, Jur., p.1063, pp.1063-1064.

⁷⁹⁴ Article 10 du règlement 1612/68/CEE, précité : « Ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité: a) son conjoint et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge; b) les ascendants de ce travailleur et de son conjoint qui sont à sa charge ».

⁷⁹⁵ Article 1^{er} de la directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, précitée : « Les États membres suppriment, dans les conditions prévues par la présente directive, les restrictions au déplacement et au séjour (...) a) des ressortissants d'un État membre qui sont établis ou veulent s'établir dans un autre État membre afin d'y exercer une activité non salariée ou veulent y effectuer une prestation de services; b) des ressortissants des États membres désireux de se rendre dans un autre État membre en qualité de destinataires d'une prestation de services; c) du conjoint et des enfants de moins de 21 ans de ces ressortissants, quelle que soit leur nationalité; d) des ascendants et descendants de ces ressortissants et de leur conjoint qui sont à leur charge, quelle que soit leur nationalité ».

retraités⁷⁹⁷ et inactifs⁷⁹⁸. L'objectif était de ne pas entraver la libre circulation des ressortissants communautaires, ces derniers pouvant par conséquent être suivis par leurs familles⁷⁹⁹. Ce principe gouverne depuis toute la jurisprudence de la Cour de la justice lorsqu'elle doit traiter une affaire relative au regroupement familial d'un ressortissant d'État membre migrant.

Désormais, l'immigration familiale est déconnectée de la dimension économique en s'étendant à tous les citoyens de l'Union avec un régime aujourd'hui défini par la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union européenne et de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁸⁰⁰. Ce texte harmonise la procédure à mettre en œuvre et les droits accordés aux ressortissants d'États tiers bénéficiaires du droit au regroupement familial. Il offre notamment des facilités d'entrée pour les ressortissant d'États tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union. Il est ouvert au conjoint, enfant à charge âgé de moins de 21 ans et ascendant direct à charge du citoyen de l'Union⁸⁰¹. Le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, peut également en bénéficier si,

⁷⁹⁶ Article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, JO L 317 du 18 décembre 1993, p.59: « (...) les États membres reconnaissent le droit de séjour à tout étudiant ressortissant d'un État membre qui ne dispose pas de ce droit sur la base d'une autre disposition du droit communautaire, ainsi qu'à son conjoint et à leurs enfants à charge (...) ».

⁷⁹⁷ Article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO L 180 du 13 juillet 1990, p.2 : « Ont le droit de s'installer dans un autre État membre avec le titulaire du droit de séjour, quelle que soit leur nationalité: a) son conjoint et leurs descendants à charge; b) les ascendants du titulaire du droit de séjour et de son conjoint qui sont à sa charge ».

⁷⁹⁸ Article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 90/365/CEE : « Ont le droit de s'installer dans un autre État membre avec le titulaire du droit de séjour, quelle que soit leur nationalité: a) son conjoint et leurs descendants à charge; b) les ascendants du titulaire du droit de séjour et de son conjoint qui sont à sa charge ».

⁷⁹⁹ CJCE, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, aff. 35 et 36/82, précité.

⁸⁰⁰ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, précitée. Voir notamment, M. CANDELA SORIANO et C. CHENEVIÈRE, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE, *RTDH*, 2005, p.923 ; C. CHENEVIÈRE, « Régime juridique des ressortissants d'États tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union », in *La libre circulation des personnes, État des lieux et perspectives*, Collège de l'Europe, 2003, p.125 et s. ; C. URBANO DE SOUSA, « Le droit des membres de la famille du citoyen de l'UE de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres dans la directive 2004/38/CE », in J.-Y. CARLIER et E. GUILD, *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, p.103.

⁸⁰¹ Article 2 de la directive 2004/38/CE, précitée.

conformément à la législation de l'État membre d'accueil les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil⁸⁰².

La directive distingue les membres de la famille qui sont citoyens l'Union et ceux qui ont la nationalité d'un État tiers. Pour le second, l'article 3, paragraphe 2, affirme que « l'État membre d'accueil favorise, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour » des membres de la famille. Et, l'article 5, paragraphe 2, précise que « les membres de la famille qui n'ont pas la nationalité d'un État membre ne sont soumis qu'à l'obligation de visa d'entrée, conformément au règlement (CE) n°539/2001 ou, le cas échéant, à la législation nationale. Aux fins de la présente directive, la possession de la carte de séjour en cours de validité visée à l'article 10, dispense les membres de la famille concernés de l'obligation d'obtenir un visa. Les États membres accordent à ces personnes toutes facilités pour obtenir les visas nécessaires. Ces visas sont délivrés sans frais dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée ».

Le ressortissant d'États tiers n'est ainsi soumis qu'à l'obligation de visa d'entrée qu'il doit obtenir de manière facilitée de la part de l'État membre d'accueil. En possession d'un passeport, l'État doit lui accorder un droit de séjour jusqu'à trois mois. Au delà, il lui accorde une carte de séjour d'une durée de validité de cinq ans. Et, s'il a séjourné légalement pendant une période interrompue de cinq ans avec le citoyen de l'Union, il doit se voir reconnaître un droit de séjour permanent.

S'agissant des conditions requises pour l'exercice du droit au regroupement familial, mis à part la possibilité classique laissée à l'État de refuser une demande pour des motifs d'ordre public⁸⁰³, le regroupant citoyen de l'Union doit satisfaire à des conditions de ressources et disposer d'une assurance maladie⁸⁰⁴.

Une fois entré sur le territoire de l'État membre d'accueil, le régime auquel est soumis le ressortissant d'État tiers membre de la famille du citoyen de l'Union est équivalent à celui du regroupant. Les droits accordés sont, en effet, très larges. Au delà de la possibilité de

⁸⁰² Article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁸⁰³ Chapitre VI de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁸⁰⁴ Article 8 de la directive 2004/38/CE, précitée.

travailler dans l'État membre d'accueil, l'article 24 de la directive 2004/38/CE affirme que « sous réserve des dispositions spécifiques expressément prévues par le traité et le droit dérivé, tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre dans le domaine d'application du traité. Le bénéfice de ce droit s'étend aux membres de la famille, qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui bénéficient du droit de séjour ou du droit de séjour permanent ».

Seulement, cette consécration aboutit à une différenciation selon le demandeur. Ce droit très favorable ne vaut que pour la seule famille du citoyen de l'Union migrant. Ces dispositions relatives au regroupement familial ne s'appliquent à la situation d'un ressortissant de pays tiers que si le citoyen de l'Union migre ou a migré dans un autre État membre.

En revanche, un citoyen de l'Union qui n'a jamais quitté son pays d'origine⁸⁰⁵ ne peut pas invoquer cette même directive pour demander le regroupement familial, sauf si, à l'image de la législation Belge avant 2011, le droit national concerné assimile les membres de la famille d'un national aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union⁸⁰⁶. L'État membre dont le citoyen de l'Union possède la nationalité applique sa législation relative à l'immigration au membre de la famille ressortissant d'État tiers et peut refuser sur cette base l'autorisation d'entrer ou l'expulser s'il y réside de manière irrégulière⁸⁰⁷. Le ressortissant

⁸⁰⁵ CJCE, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, aff. 35 et 36/82, précité. Au point 18, la Cour affirme que « le droit communautaire n'interdit pas à un État membre de refuser l'entrée ou le séjour sur son territoire à un membre de la famille, au sens de l'article 10 du règlement n 1612/68 du conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté, d'un travailleur employé sur le territoire de cet État, qui n'a jamais exercé le droit de libre circulation à l'intérieur de la communauté, lorsque ce travailleur possède la nationalité de cet État et le membre de la famille la nationalité d'un pays tiers ».

⁸⁰⁶ CJCE, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi contre État belge*, aff. C-297/88 et C-197/89, *Rec.*, p. I-03763. La législation belge a été modifiée en 2011 et n'assimile plus le citoyen belge au citoyen européen migrant sur son territoire. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de P. RODIÈRE, « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTDE*, 1991, p.565 ; D. SIMON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire », *JDI*, 1991, p.455 ; H. VERSCHUEREN, « L'arrêt Dzodzi et l'équilibre précaire entre le droit national et le droit communautaire », *Rev. dr. étr.*, 1991, p.95.

⁸⁰⁷ Un étranger tiers à l'Union européenne «ordinaire» peut en effet faire l'objet d'une mesure d'éloignement s'il se trouve en situation irrégulière sur le territoire de l'Union européenne en vertu de la directive 2008/115/ CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui exclut

d'État tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union migrant appartient donc à une catégorie d'étranger privilégié.

Conséquemment, il est fort logique que le citoyen de l'Union sédentaire soit tenté de parvenir à une « européanisation »⁸⁰⁸ de sa situation juridique dès lors que le droit de l'immigration de son État d'origine consacre un droit au regroupement familial très restrictif. Cette européanisation de la situation juridique permettant de contourner la législation nationale potentiellement gênante doit cependant se matérialiser par l'insertion d'un élément d'extranéité dans le rapport juridique.

En substance, pour que le ressortissant de pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, puisse échapper à la catégorisation nationale jugée restrictive et bénéficier des normes européennes plus favorables, il est nécessaire que le citoyen de l'Union se soit, même temporairement, déplacé vers un autre État membre pour y travailler.

La Cour de justice l'a ainsi rappelé avec force dans son arrêt *McCarthy* à propos d'une citoyenne de l'Union ayant une double-nationalité anglo-irlandaise mais ayant toujours résidé au Royaume-Uni. Mariée à un ressortissant de pays tiers non titulaire d'une autorisation de séjour au Royaume-Uni, en vertu de la réglementation de cet État membre sur l'immigration, elle souhaitait que celui-ci bénéficie d'un droit de séjour au titre de la directive 2004/38/CE. La Cour de justice a réaffirmé que la directive 2004/38/CE « n'est pas applicable à un citoyen de l'Union qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, qui a toujours séjourné dans un État membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre État membre »⁸⁰⁹.

À l'inverse, sur le fondement des libertés européennes de circulation, les ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union migrant, se voient garantir un droit d'entrée et/ou de séjour sur le territoire de l'Union européenne. Ces facilités offertes par le droit de la libre circulation du citoyen de l'Union découlent évidemment du droit dérivé. Cependant, l'interprétation des libertés de circulation opérée par la Cour de

d'ailleurs les étrangers tiers à l'union européenne membres de la famille de son champ d'application.

⁸⁰⁸ Selon l'expression de N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, n°1-2, p.41.

⁸⁰⁹ Point 57 de l'arrêt *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

justice va aller plus loin en s'inscrivant « plus généralement dans une perspective résolument favorable à une immigration familiale »⁸¹⁰.

B. Les facilités développées par la Cour de justice de l'Union européenne

Dans le silence des textes relatifs à la libre circulation des travailleurs puis des citoyens de l'Union, la Cour va développer une « théorie généreuse »⁸¹¹ sur l'obligation ou non de résider préalablement et légalement sur le territoire de l'Union avant qu'un ressortissant de pays tiers ne puissent revendiquer des droits que leur reconnaît leur statut de membre de la famille d'un citoyen de l'Union migrant (1). La Cour de justice a également étendu le bénéfice du droit au regroupement familial au citoyen de l'Union qui a séjourné dans un autre État membre puis est retourné dans son État d'origine ou qui exerce son droit à la libre circulation dans un autre État membre sans y séjourner (2).

1. L'absence d'obligation pour le ressortissant d'État tiers de résider préalablement et légalement sur le territoire de l'Union avant la demande de regroupement familial

Le droit dérivé ne répondait à la question de l'obligation ou non de résider préalablement et légalement sur le territoire de l'Union avant qu'un ressortissant d'État tiers puisse revendiquer le droit au regroupement familial avec un membre d'un citoyen de l'Union migrant. Elle a été toutefois posée à la Cour de justice. Face à ce « dilemme »⁸¹², dans la mesure où « en ce qu'elle est relative à des ressortissants d'États tiers, [cette question] (...) concerne la politique migratoire. En ce que ceux-ci sont membres de la famille d'un citoyen européen séjournant dans un autre État membre que celui de sa nationalité, [cette question]

⁸¹⁰ A. JAUME, « Arrêt –Metock–: le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *JDE*, 2008, n°153, p.272.

⁸¹¹ Conclusions de l'avocat général L.A.GEELHOED présentées le 27 avril 2006 dans l'affaire CJCE, 11 décembre 2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contre R. N. G. Eind*, aff. C-291/05, point 38.

⁸¹² *Ibid*, point 10.

concerne le droit communautaire de la libre circulation »⁸¹³, les juges de l'Union ont toutefois fait le choix de trancher la question.

Celle-ci était délicate dans la mesure où, la législation européenne portant sur le regroupement familial se situe dans une zone de concurrence où elle s'entrecroise avec le principe de liberté de circulation et les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. Face à cette tension entre le niveau européen et le niveau national, la Cour de justice a recherché un équilibre entre la gestion de l'immigration par les États membres et le respect du droit des citoyens de l'Union migrants de vivre en famille. Cependant, la recherche de cet équilibre s'est faite au profit de l'effectivité des libertés de circulation du citoyen de l'Union et, par conséquent, au détriment de la compétence migratoire des États membres.

Avant l'adoption de la directive 2004/38/CE, la Cour de justice a initialement développé cette théorie généreuse dans les arrêts *Carpenter*⁸¹⁴ et *MRAX*⁸¹⁵ en accordant le

⁸¹³ J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne. Chroniques de jurisprudence (1^{er} janvier-31 décembre 2008) », *JDE*, 2009, n°157, p.80.

⁸¹⁴ CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-06279 (ci-après «arrêt *Carpenter*»). Cette affaire concernait l'épouse, ressortissante d'un État tiers, d'un ressortissant britannique dont l'activité professionnelle consistait à fournir des prestations de services, contre rémunération, dans d'autres États membres. La Cour de justice a admis l'argument selon lequel l'interdiction faite à l'épouse de demeurer avec le ressortissant britannique au Royaume-Uni et de s'occuper de ses enfants pendant son absence constituait une restriction à l'exercice par le mari de sa liberté d'offrir une prestation de services dans l'Union européenne. Elle s'est appuyée sur la libre prestation de services consacrée à l'article 56 TFUE pour reconnaître un droit à la régularisation familiale au citoyen de l'Union qui n'avait jamais vécu dans un autre État membre mais qui exerçait une activité économique transfrontalière. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003, p.593.

⁸¹⁵ CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre État belge*, aff. C-459/99, *Rec.*, p. I-06591 (ci-après «arrêt *MRAX*»). Dans cet arrêt, la Cour de justice affirme que « le règlement (CE) n°2317/95 du Conseil, du 25 septembre 1995, déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres, lus à la lumière du principe de proportionnalité, doivent être interprétés en ce sens qu'un État membre ne peut pas refouler à la frontière un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un État membre, qui tente de pénétrer sur son territoire sans disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ou, le cas échéant, d'un visa, lorsque ledit conjoint est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique au sens des articles 10 de la directive 68/360 et 8 de la directive 73/148 ». Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de P. LARDINOIS, « De la logique de l'idée aux principes du droit. Note sous CJCE du 25/07/02 », *Rev. dr. étr.*, 2002, p.448 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003, p.593.

bénéfice du droit européen au regroupement familial, indépendamment du respect des législations nationales relatives à l'immigration pour ensuite la tempérer dans l'arrêt *Akrich*⁸¹⁶ dans lequel elle tendait à chercher un équilibre entre les législations nationales relatives à l'immigration et le droit communautaire de la libre circulation. En effet, la Cour posait, de sa propre initiative, une condition préalable de séjour légal à la jouissance des droits reconnus par le droit de l'Union. Pour la Cour, ce n'était qu'après avoir obtenu une résidence légale dans l'Union que le ressortissant d'un État tiers pouvait bénéficier du droit d'accompagner son parent, citoyen de l'Union, dans son État membre d'installation.

Dans le cadre de la directive 2004/38/CE, l'arrêt *Metock*⁸¹⁷ a confirmé cette théorie généreuse. Les faits de cet arrêt concernaient des ressortissants camerounais et nigériens qui

⁸¹⁶ CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/01, *Rec.*, p. I-09607 (ci-après «arrêt *Akrich*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2004, p.320 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2004, p.580 ; R. PLENDER, « Quo Vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire *Akrich* », *CDE*, 2004, p.261 ; M. SOUSSE, « Etablissement temporaire d'un couple dans un État membre en vue de conférer au conjoint étranger un droit d'entrée et de séjour », *D.*, 2004, Jur., p.1063. Voir également CJCE, 9 janvier 2007, *Yunying Jia contre Migrationsverket*, aff. C-1/05, *Rec.*, p. I-00001 (ci-après «arrêt *Jia*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, « Droit de séjour et immigration », *AJDA*, 2007, p.295 ; J. CAVALLINI, « Condition de résidence légale préalable dans un État membre et droit d'entrée et de séjour des membres de la famille d'un citoyen européen », *JCP S*, 2007, n° 1133, p.20 ; F. KAUFF-GAZIN, « Droit de séjour de l'ascendant à charge, membre de la famille du ressortissant communautaire », *Europe*, 2007, Mars, Comm. n° 86, p.14 ; CJCE, 11 décembre 2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contre R. N. G. Eind*, aff. C-291/05, *Rec.* p. I-10719 (ci-après «arrêt *Eind*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de J. CAVALLINI, « Droit d'entrée et de séjour des membres de la famille d'un travailleur communautaire retournant dans son pays d'origine », *JCP S*, 2008, n° 1132, p.14 ; S. COUTTS, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. –Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie” contre —R.N.G. Eind” », *RDUE*, 2008 n° 1 p.167 ; F. KAUFF-GAZIN, « Droit de séjour des descendants de citoyen européen », *Europe*, 2008, Février, Comm. n° 37, p.15.

⁸¹⁷ CJUE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, précité. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de H. ALCARAZ, « Droit d'entrée et de séjour d'un ressortissant tiers ayant des liens de parenté avec un citoyen de l'Union », *AJDA*, 2009, p.323 ; E. BERNARD, « Procédure accélérée et condition d'urgence », *Europe*, 2008, Juin, Comm. n° 177, p.13 ; J. CAVALLINI, « Conditions d'exercice du droit au regroupement familial », *JCP S*, 2008, n° 1593, p.16 ; F. CHALTIEL, C. J. BERR, S. FRANCO et C. PRIETO, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 2009, p.680 ; C. DAUTRICOURT, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt –Metock” », *RDUE*, 2008, n° 4, p.858 ; D. DITTERT, *RAE*, 2007-08, p.777 ; S. HAMMAMOUN et N. NEUWAHL, « Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 (CJCE, affaire *Metock*, C-127/08) », *RTDE*, 2009, p.91 ; A. JAUME, « Arrêt –Metock” : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *JDE*, 2008, n° 153, p.271.

avaient déposé des demandes d'asile en Irlande. Ayant entre temps épousé des citoyennes européennes non irlandaises dans cet État et, obtenu le statut de conjoint de citoyennes de l'Union migrantes, les requérants avaient demandé un titre de séjour sur ce fondement. Or, l'article 3 du règlement irlandais de 2006⁸¹⁸, transposant la directive 2004/38/CE, imposait une condition de séjour légal préalable dans un autre État membre. Sur cette base, les autorités irlandaises avaient donc refusé d'accorder une autorisation de séjour aux requérants. Saisie de ces refus, la High Court irlandaise avait demandé à titre préjudiciel à la Cour de justice si la directive 2004/38/CE s'opposait à la réglementation d'un État membre qui exige du ressortissant de pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union séjournant dans cet État membre dont il n'a pas la nationalité, d'avoir au préalable séjourné légalement dans un autre État membre avant son arrivée dans le pays d'accueil, afin de bénéficier des droits accordés par cette directive.

Ce flou sur l'obligation ou la faculté d'un État à ne pas imposer la condition de séjour légal préalable au ressortissant de pays tiers, disparaît avec l'arrêt *Metock* qui consacre non plus une simple faculté mais une interdiction pour les États membres de l'imposer. En effet, la Cour de justice indique explicitement qu'un État membre ne doit pas exiger d'un ressortissant de pays tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union qu'il séjourne légalement dans un autre État membre préalablement à l'arrivée dans cet État. Elle précise ensuite que la situation de ce ressortissant de pays tiers relève de la directive 2004/38/CE sans qu'il y ait lieu de distinguer qu'il soit entré dans l'État d'accueil avant ou après le citoyen de l'Union, ou avant ou après être devenu membre de la famille. Autrement dit, peut être considéré comme accompagnant ou rejoignant le citoyen de l'Union au sens de la directive 2004/38/CE⁸¹⁹, le ressortissant de pays tiers qui n'a séjourné, même irrégulièrement, que dans l'État membre où s'est établi le citoyen de l'Union migrant. La Cour de justice confirme ainsi la prise de position de l'avocat général M. POIARES MADURO qui interprète de manière extensive l'article 3, paragraphe 1, de la directive réservant le bénéfice de ces dispositions aux citoyens de l'Union et « aux membres de sa famille (...) qui l'accompagnent ou le rejoignent ». Il

⁸¹⁸ Règlement relatif à la libre circulation des personnes dans les Communautés européennes intitulé European Communities (Free Movement of Persons) (n°2) Regulations 2006, adopté le 18 décembre 2006 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

⁸¹⁹ Article 3, paragraphe 1 de la directive 2004/38/CE, précitée : « La présente directive s'applique à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille, tels que définis à l'article 2, point 2), qui l'accompagnent ou le rejoignent ».

considère, en effet, que « le mot –accompagner», notamment, peut aussi bien indiquer un mouvement et être compris dans le sens d’aller avec que revêtir une connotation statique et signifier être avec »⁸²⁰.

Il ressort de cet arrêt que le mariage d’un ressortissant de pays tiers avec le citoyen de l’Union migrant permet, malgré l’irrégularité de son séjour dans le premier État membre d’accueil, de lui garantir un séjour régulier. A. JAUME en conclut que « le statut personnel de l’intéressé consacré par le lien de mariage avec le citoyen de l’Union apparaît dès lors comme un facteur de rattachement plus fort que son statut préalable en matière d’accès au territoire »⁸²¹. En somme, comme le relève justement A. JAUREGUIBERRY, le seul lien familial vaut régularisation⁸²².

Concrètement, une telle solution autorise le ressortissant de pays tiers à contourner le droit national de l’immigration plus contraignant, encore faut-il qu’il soit membre de la famille d’un citoyen de l’Union migrant. L’État membre d’accueil, c’est-à-dire celui de la destination vers laquelle le citoyen de l’Union a migré, est alors privé d’une partie de son pouvoir de réglementer l’immigration en provenance de pays tiers. Pour la Cour de justice, le premier accès au territoire de l’Union des membres ressortissants de pays tiers de la famille d’un citoyen de l’Union migrant ne doit donc pas dépendre des différents droits nationaux de l’immigration et ce, même si le lien familial n’existe pas avant la migration du citoyen de l’Union.

Dans ces conditions, n’importe quel citoyen de l’Union, autre que français par exemple, peut mener en France avec son conjoint ressortissant de pays tiers une vie familiale normale quelque soit la date de mariage ou d’entrée, le type de visa ou le caractère régulier ou irrégulier de l’entrée en France du ressortissant de pays tiers. N’importe quel ressortissant français pourra faire de même dans n’importe quel autre État membre de l’Union européenne dans lequel il exercerait sa liberté de circulation. Il pourra exceptionnellement invoquer le droit européen au regroupement familial dans son État d’origine s’il y retourne après avoir

⁸²⁰ M. POLARES MADURO, prise de position présentée le 11 juin 2008 sur l’affaire 127/08, point 17.

⁸²¹ A. JAUME, « Arrêt –Metock» : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d’un citoyen de l’Union », *op. cit.*, p.272

⁸²² A. JAUREGUIBERRY, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l’Union européenne : Etude sur le champ d’application d’un droit confronté au pluralisme juridique européen », *op. cit.*, p.363.

préalablement user de ses libertés de circulation dans un autre État membre. Sur ce dernier point, la Cour de justice a, en effet, étendu le bénéfice du droit au regroupement familial lors du retour du citoyen de l'Union dans son État d'origine.

2. L'invocabilité du droit européen au regroupement familial par le citoyen de l'Union migrant dans son État d'origine

Pour bénéficier du droit au regroupement familial tel qu'il est consacré par le droit dérivé et déployé généreusement par la jurisprudence de la Cour de justice, il est nécessaire que le citoyen de l'Union se déplace dans un autre État membre et s'y établisse conformément aux dispositions de la directive 2004/38/CE. Deux hypothèses sont envisageables. La première, prévue dans la directive, est la possibilité pour le conjoint ressortissant d'État tiers d'accompagner ou rejoindre le citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil⁸²³. La seconde prévue par la jurisprudence *Metock*⁸²⁴, est la possibilité pour le citoyen de l'Union d'épouser un ressortissant d'État tiers dans l'État membre d'accueil et y obtenir le regroupement familial. Dans l'hypothèse où le citoyen de l'Union demeure dans son État d'origine, la situation étant purement interne à cet État, il ne peut en principe revendiquer le droit au regroupement familial tel que consacré par le droit de l'Union⁸²⁵. Cependant, la Cour de justice a reconnu la possibilité pour le citoyen de l'Union de bénéficier du droit au regroupement familial tel que consacré par le droit de l'Union dans son État d'origine dans deux circonstances.

La première circonstance est relative au citoyen de l'Union travailleur migrant, qui a développé et consolidé une vie familiale dans un autre État membre, avant de retourner dans son État d'origine. La Cour a considéré que ce dernier devait pouvoir revenir dans l'État membre d'origine avec le membre de sa famille ressortissant d'État tiers auquel le droit

⁸²³ Article 6 paragraphe 1, article 7 paragraphe 1 et article 16 paragraphe 1 de la directive 2004/38/CE, précité.

⁸²⁴ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, précité.

⁸²⁵ CJCE, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, aff. 35 et 36/82, précité ; CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, aff. C-64/96 et C-65/96, précité ; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

d'entrée et de séjour ne peut être refusé⁸²⁶. En effet, selon la Cour, « un ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter son pays d'origine pour exercer une activité salariée ou non salariée, au sens du traité, sur le territoire d'un autre État membre s'il ne pouvait pas bénéficier, lorsqu'il revient dans l'État membre dont il a la nationalité pour exercer une activité salariée ou non salariée, de facilités d'entrée et de séjour au moins équivalentes à celles dont il peut disposer en vertu du traité ou du droit dérivé, sur le territoire d'un autre État membre »⁸²⁷ et qu'« il serait, en particulier, dissuadé de le faire si son conjoint et ses enfants n'étaient pas autorisés, eux aussi, à entrer et à séjourner sur le territoire de cet État dans des conditions au moins équivalentes à celles qui leur sont reconnues par le droit communautaire sur le territoire d'un autre État membre »⁸²⁸. C'est ce qui ressort des arrêts *Singh* et *Eind*⁸²⁹.

Un citoyen de l'Union sédentaire qui se voit ainsi refuser, par son État d'origine, le droit au regroupement familial avec son conjoint ressortissant de pays tiers après un examen individuel peut ainsi contourner le droit national de l'immigration en migrant et travaillant dans n'importe quel autre État membre de l'Union et, revenir dans son État d'origine afin que son conjoint soit quasi automatiquement autorisé à y entrer et séjourner en vertu du droit de l'Union relatif à la libre circulation⁸³⁰. Cette possibilité est cependant assez marginale tant il n'est pas simple sur un plan pratique de trouver un emploi dans un autre État membre.

La seconde circonstance est relative au citoyen de l'Union qui exerce son droit à la libre circulation dans un autre État membre sans y séjourner. C'est le cas plus précisément du citoyen de l'Union qui exerce sa liberté de prestation de services dans l'Union européenne.

⁸²⁶ CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, précité.

⁸²⁷ Point 19 de l'arrêt *Singh*, aff. C-370/90, précité.

⁸²⁸ Point 20 de l'arrêt *Singh*, aff. C-370/90, précité. Voir également CJCE, 11 décembre 2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contre R. N. G. Eind*, aff. C-291/05, *Rec.* p. I-10719, points 35 et 36. Dans cet arrêt, la Cour de justice considère, en effet, que « le ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter l'État membre dont il a la nationalité à fin d'exercer une activité salariée sur le territoire d'un autre État membre s'il n'a pas la certitude de pouvoir revenir dans l'État membre d'origine, indépendamment de l'exercice d'une activité économique dans ce dernier État » et que « cet effet dissuasif se produirait également au regard de la simple perspective, pour le même ressortissant, de ne pas pouvoir poursuivre, après son retour dans l'État membre d'origine, une vie commune avec ses proches parents, éventuellement commencée par l'effet du mariage ou du regroupement familial, dans l'État membre d'accueil ».

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ Sous réserve des contrôles de la régularité compatibles avec les exigences du droit de la libre circulation qui peuvent être opérées par les États membres.

Dans l'arrêt *Carpenter*⁸³¹ relatif à l'épouse, ressortissante d'un État tiers, d'un ressortissant britannique dont l'activité professionnelle consistait à fournir des prestations de services, contre rémunération, dans d'autres États membres, la Cour de justice a admis l'argument selon lequel l'interdiction faite à l'épouse de demeurer avec le ressortissant britannique au Royaume-Uni et de s'occuper de ses enfants pendant son absence constituait une restriction à l'exercice par le mari de sa liberté d'offrir une prestation de services dans l'Union européenne. Pour se faire, elle s'est appuyée sur la libre prestation de services consacrée à l'article 56 TFUE pour reconnaître un droit à la régularisation familiale au citoyen de l'Union qui n'avait jamais vécu dans un autre État membre mais qui exerçait une activité économique transfrontalière.

Il faut insister sur le fait que ces deux mouvements jurisprudentiels ne s'appliquent qu'aux ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui a résidé et travaillé dans un État membre autre que celui de sa nationalité et, qui revient dans son État d'origine (les arrêts *Singh* et *Eind*) ou, qui réside présentement dans son État d'origine mais qui fournit des services à des destinataires dans d'autres États membres (arrêt *Carpenter*).

Cependant, la Cour de justice a, dans les arrêts *O. et B.* et *S. et G.*⁸³² du 12 mars 2014, élargi ces jurisprudences. Dans le premier arrêt, elle a transposé prudemment les solutions *Singh* et *Eind* aux ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens de l'Union qui ont exercé leur droit à la libre circulation en séjournant dans un autre État membre dans lequel ils n'ont pas travaillé, avant de revenir dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité. L'affaire concernait précisément des ressortissants d'États tiers ayant développé des liens familiaux avec des ressortissantes néerlandaises qui avaient précédemment passé du temps dans d'autres États membres, mais qui n'y avaient pas travaillé. Ils avaient revendiqué

⁸³¹ CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-06279.

⁸³² CJUE, 12 mars 2014, *O. contre Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contre B.*, aff. C-456/12, non encore publié au Recueil (ci-après arrêt «*O. et B.*»); CJUE, 12 mars 2014, *S. contre Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contre G.*, aff. C-457/12, non encore publié au Recueil (ci-après «*arrêt S. et G.*»). Sur ces arrêts, voir notamment les commentaires de M. GKEGKA et V. REVEILLÈRE, « Précisions juridictionnelles sur l'octroi d'un droit de séjour aux ressortissants de pays tiers dans l'État membre d'origine du citoyen européen avec lequel ils nouent un lien familial, La revue des droits de l'homme », *Actualités Droits-Libertés*, 1^{er} avril 2014 ; D. BERLIN, « Mieux vaut être parent d'un travailleur que d'un citoyen ! », *JCP G*, 2014, n° 13, p.622 ; A. RIGAUX, « Droit de séjour dérivé des ressortissants d'États tiers, *Europe* 2014, Mai, Com. n° 5, p.27.

un droit de séjour dérivé aux Pays-Bas en arguant le fait que ces citoyennes de l'Union, avec qui ils étaient liés, avaient franchi les frontières avec d'autres États membres. Dans les deux cas, la citoyenne de l'Union avait résidé dans un autre État membre, l'Espagne pour l'une et la Belgique pour l'autre, le temps de rechercher un travail. Faute d'en trouver un, elles étaient retournées aux Pays-Bas mais passaient souvent des week-ends dans l'autre État membre auprès de leur conjoint ressortissant d'État tiers.

Dans les deux cas, la Cour a répondu à la question de savoir si l'article 21 paragraphe 1 TFUE pouvait fonder un droit de séjour dérivé pour ces ressortissants de pays tiers et, le cas échéant, à quelles conditions. Le raisonnement de la Cour repose, comme dans les deux arrêts *Singh* et *Eind* relatives aux travailleurs, sur l'effet dissuasif qu'aurait le refus d'accorder un droit de séjour aux membres de la famille. Selon la Cour, l'octroi d'un droit de séjour dérivé vise ainsi « à éliminer le même type d'entrave à la sortie de l'État membre dont il est originaire »⁸³³. Elle retient alors que tout citoyen de l'Union qui développe ou consolide une vie de famille avec un ressortissant de pays tiers à l'occasion d'un séjour effectif dans un État membre d'accueil, peut obtenir un droit au séjour dérivé pour les membres de sa famille lorsqu'il retourne s'installer dans son État d'origine. Toutefois, pour qu'un droit de séjour dérivé puisse être accordé aux membres de la famille du citoyen de l'Union, le séjour du citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil doit être « caractérisé par une effectivité suffisante pour lui permettre de développer ou de consolider une vie de famille dans cet État membre »⁸³⁴. Cette condition d'effectivité est imposée également au ressortissant d'État tiers et doit être entendue comme un séjour d'une durée consécutive de plus de trois mois⁸³⁵ dans le respect des articles 7-1, 7-2 ou 16 de la directive 2004/38/CE⁸³⁶. En revanche, les « séjours de courte durée, tels que des week-ends ou des vacances passés dans un État membre autre que celui dont ce citoyen possède la nationalité, même considérés ensemble » qui additionnés les uns aux autres atteindraient une durée totale de 3 mois ne sont pas assimilés à un « séjour effectif »⁸³⁷. Son État d'origine ne pourra pas alors appliquer un statut moins favorable à son conjoint que celui prévu par la directive 2004/38/CE. En effet, la Cour applique par analogie

⁸³³ Point 49 de l'arrêt *O. et B.*, aff. C-456/12, précité.

⁸³⁴ Point 51 de l'arrêt *O. et B.*, aff. C-456/12, précité.

⁸³⁵ Point 52 de l'arrêt *O. et B.*, aff. C-456/12, précité.

⁸³⁶ Point 53 à 56 de l'arrêt *O. et B.*, aff. C-456/12, précité.

⁸³⁷ Point 59 de l'arrêt *O. et B.*, aff. C-456/12, précité.

les mêmes conditions d'octroi d'un droit de séjour dérivé au ressortissant d'État tiers membre de la famille du citoyen de l'Union dans son État de d'origine. Elle affirme que « celles-ci ne devraient pas, en principe, être plus strictes que celles prévues par la directive 2004/38 pour l'octroi d'un tel droit de séjour à un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, qui a exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité ». Elle conclut que « même si la directive 2004/38 ne couvre pas un tel cas de retour, elle doit être appliquée par analogie »⁸³⁸. Finalement, la Cour de justice consacre une nouvelle circonstance dans laquelle un citoyen de l'Union non actif économiquement peut invoquer le droit au regroupement familial, et ce contre son État de nationalité.

Le même jour, dans l'arrêt *S. et G.*⁸³⁹, la Cour a transposé avec la même prudence la jurisprudence *Carpenter* à des travailleurs transfrontaliers, c'est-à-dire des citoyens de l'Union qui résident dans leur État de nationalité mais qui travaillent dans un autre État membre. La directive 2004/38/CE n'étant pas applicable en l'espèce dès lors que les citoyens de l'Union en cause ne séjournaient pas dans un autre État membre que celui de leur nationalité, la Cour a répondu à la question de savoir si l'article 45 TFUE, consacré à la liberté de circulation des travailleurs, peut fonder un droit de séjour dérivé pour les ressortissants de pays tiers membres de la famille de travailleurs frontaliers et, le cas échéant, à quelles conditions. Pour le juge de l'Union, « certes, l'interprétation de l'article 56 TFUE à laquelle la Cour a procédé dans l'arrêt *Carpenter*, précité, est transposable à l'article 45 TFUE. L'effet utile du droit de libre circulation des travailleurs peut, en effet, requérir qu'un droit de séjour dérivé soit octroyé à un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille du travailleur, citoyen de l'Union, dans l'État membre dont ce dernier possède la nationalité »⁸⁴⁰. Toutefois, il modère cette affirmation en précisant que « la finalité et la justification d'un tel droit de séjour dérivé se fonde sur la constatation que le refus de sa reconnaissance est de nature à porter atteinte à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité FUE »⁸⁴¹. En d'autres termes, le droit de séjour dérivé ne peut être accordé au ressortissant de pays tiers

⁸³⁸ Point 50 de l'arrêt *O. et B.*, aff. C-456/12, précité.

⁸³⁹ CJUE, 12 mars 2014, *S. contre Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contre G.*, aff. C-457/12, non encore publié au Recueil (ci-après –arrêt *S. et G.*”).

⁸⁴⁰ Point 40 de l'arrêt *S. et G.*, aff. C-457/12, précité.

⁸⁴¹ Point 41 de l'arrêt *S. et G.*, aff. C-457/12, précité.

que dans la mesure où son refus mettrait en cause l'effectivité de la liberté de circulation du travailleur. Il revient alors au juge national d'apprécier le caractère « nécessaire » du droit de séjour dérivé « afin de garantir » la liberté de circulation du travailleur⁸⁴². La Cour précise ainsi que « le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable qu'un tel accueil soit pris en charge par les ressortissant d'un État tiers, ascendant direct du conjoint du citoyen de l'Union, ne suffit pas à constater un tel caractère dissuasif »⁸⁴³.

Pour résumer, il existe désormais quatre circonstances dans lesquelles un ressortissant d'État tiers peut, sous certaines conditions, voir sa situation européenne et régularisée dans un État membre lorsqu'il est le conjoint d'un citoyen de l'Union. Dans les deux premières circonstances, le citoyen de l'Union peut invoquer le droit au regroupement familial tel que consacré par le droit de l'Union à l'encontre de l'État membre d'accueil soit au profit du ressortissant d'État tiers avec qui il s'est marié dans son État de nationalité et qui l'accompagne ou le rejoint dans l'État membre d'accueil (directive 2004/38/CE) soit au profit du ressortissant d'État tiers avec qui il s'est marié dans l'État membre d'accueil (arrêt *Metock*). Dans les deux autres circonstances, le citoyen de l'Union peut invoquer le droit au regroupement familial, tel que consacré par le droit de l'Union, à l'encontre de son État de nationalité au profit de son conjoint ressortissant d'État tiers dans deux hypothèses. Il le peut lorsqu'il a séjourné dans un autre État membre avec son conjoint avant de revenir dans son État de nationalité, et ce qu'il soit actif (arrêts *Singh* et *Eind*) ou non (arrêt *O. et B.*) économiquement. Il le peut également lorsqu'il séjourne dans son État de nationalité mais qu'il preste des services (arrêt *Carpenter*) ou travaille dans d'autres États membres (arrêt *S. et G.*)

Ce phénomène de contournement du droit national de l'immigration, plus contraignant au moyen de la libre circulation européenne, protège les ressortissants de pays tiers s'ils entrent dans le champ des compétences de l'Union. Se crée alors une discrimination à rebours entre les citoyens de l'Union migrants et les sédentaires et, parallèlement, une strate supplémentaire dans le traitement discriminatoire du ressortissant de pays tiers. Fort critiquable, cette fragmentation du droit applicable aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union a cependant été tempérée dans des cas de non migration des citoyens de l'Union.

⁸⁴² Point 42 de l'arrêt *S. et G.*, aff. C-457/12, précité.

⁸⁴³ Point 43 de l'arrêt *S. et G.*, aff. C-457/12, précité.

Paragraphe 2. L'éviction du droit national des étrangers par le recours au droit de séjour de l'enfant citoyen de l'Union sédentaire

Un citoyen de l'Union qui n'a jamais migré dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité ne peut prétendre au bénéfice du regroupement familial consacré par le droit de l'Union dérivé et éluder ainsi une législation nationale en matière d'immigration qui se révélerait plus contraignante pour les membres de sa famille, ressortissants d'États tiers. Le lien de rattachement avec le droit de l'Union n'est pas suffisant.

Cependant, la Cour de justice a validé des stratégies de contournement du droit national de l'immigration alors même que les situations en cause étaient purement internes aux États membres. Ces cas se sont rencontrés précisément lorsque des enfants de parents ressortissants d'États tiers ont obtenu la nationalité d'un État membre pour être nés simplement sur le territoire de cet État. Par cette manœuvre, avouée par les parents étrangers à l'Union, ces familles « se sont travesties en famille européenne (...) pour échapper au droit national »⁸⁴⁴.

Le premier cas est illustré par l'arrêt *Chen*⁸⁴⁵ dans lequel la stratégie juridique mise en œuvre par le ressortissant d'État tiers a consisté à faire naître son enfant dans un État membre qui accorde la nationalité *de soli*, en l'espèce, l'Irlande du nord (A). Le second cas, l'arrêt *Zambrano*⁸⁴⁶, va plus loin, car l'effectivité du statut de la citoyenneté de l'Union est, pour la première fois, entièrement libérée de la condition de l'extranéité dès lors que le citoyen est privé de l'essentiel des droits que lui confère ce statut et lui permet d'obtenir le regroupement familial pour les membres de sa famille ressortissants de pays tiers sur le seul fondement de l'article 20 TFUE (B).

⁸⁴⁴ A. JAUREGUIBERRY, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : Etude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », *op. cit.*, p.379.

⁸⁴⁵ CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, précité. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. GAUTIER, *RAE*, 2003-04, p.673 ; B. KOTSCHY, « Citoyenneté. Arrêt "Bébé Chen" », *RDUE*, 2004, n° 3, p.589 ; M. LUBY, « La citoyenneté européenne : Quand les mots ont enfin un sens ! », *LPA*, 2005, n° 94, p.8 ; P. ROBERT, *Rev. dr. étr.*, 2004, p.645 ; D. SIMON, « Droit de séjour: les tribulations d'une Chinoise et de sa fille au Royaume-Uni. Un enfant ayant la nationalité d'un État membre est un citoyen communautaire bénéficiaire du droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre et sa mère dispose d'un droit de séjour dérivé », *Europe*, 2004 Décembre Comm. n° 401 p.14.

⁸⁴⁶ CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

A. La régularisation de l'étranger, parent d'un enfant citoyen de l'Union "artificiellement" migrant

Dans l'affaire *Chen*, la Cour de justice a été invitée à répondre à la question de savoir si le droit de l'Union s'oppose au refus d'un État membre, en l'espèce le Royaume-Uni, d'accorder un permis de séjour de longue durée à un enfant de bas âge, ressortissant d'un autre État membre, qui a vécu depuis sa naissance sur le territoire du premier État membre et à sa mère, ressortissante d'un État tiers. La mère, de nationalité chinoise avait accouché à Belfast en vue d'échapper à la politique chinoise de l'enfant unique et avait choisi délibérément cet État afin de faire bénéficier à son enfant le statut de citoyen de l'Union. Elle avait plus précisément utilisé le droit de la nationalité de la République d'Irlande qui accordait la nationalité à toute personne née sur son territoire, y compris dans la partie relevant de la souveraineté britannique. La mère et sa fille s'étaient ensuite établies à Cardiff et s'étaient vu refuser l'octroi d'un permis de séjour de longue durée par les autorités britanniques. Le gouvernement britannique arguait qu'il s'agissait d'une manœuvre frauduleuse et d'une situation purement interne étant donné l'absence de frontière entre le Royaume-Uni et l'Irlande du nord. En d'autres termes, l'enfant de madame Chen ne pouvait être considéré comme un citoyen de l'Union migrant, puisqu'il n'avait pas traversé physiquement une frontière.

Malgré la stratégie évidente de contournement du droit national de l'immigration mise en œuvre par la mère, ressortissante d'État tiers, la Cour de justice a, dans un premier temps, reconnu que la situation d'un citoyen de l'Union séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre, même s'il n'a jamais quitté l'État d'accueil, comporte un lien de rattachement suffisant pour justifier l'application des règles communautaires de la libre circulation des personnes⁸⁴⁷. Puis, elle a admis que la mère peut se prévaloir d'un droit de séjour attaché à la citoyenneté de l'Union de son enfant qui peut justifier de ressources suffisantes et d'une assurance maladie, fournies indirectement par la mère⁸⁴⁸. Autrement dit, l'enfant est par lui-même détenteur d'un droit de séjour sur le territoire de l'État membre en

⁸⁴⁷ Points 18 et 19 de l'arrêt *Chen*, précité.

⁸⁴⁸ Points 41 à 46 de l'arrêt *Chen*, précité.

question s'il dispose, par lui-même ou *par ses parents*, de ressources suffisantes et d'une assurance-maladie conformément à l'article 1^{er} de la directive 90/364/CEE⁸⁴⁹, laquelle a été remplacée et abrogée par la directive 2004/38/CE. C'est ce qu'elle en conclut en affirmant que « l'article 18 CE [article 21 TFUE] et la directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, confèrent, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, au ressortissant mineur en bas âge d'un État membre qui est couvert par une assurance-maladie appropriée et qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un État tiers, dont les ressources sont suffisantes pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil, un droit de séjour à durée indéterminée sur le territoire de ce dernier État. Dans un tel cas, ces mêmes dispositions permettent au parent qui a effectivement la garde de ce ressortissant de séjourner avec celui-ci dans l'État membre d'accueil »⁸⁵⁰.

Concrètement, pour la Cour de justice, le refus de reconnaître au parent, ressortissant d'États tiers, un droit de séjour dérivé de celui de l'enfant à charge, alors qu'il en assure légalement et effectivement la garde, reviendrait à priver « de tout effet utile »⁸⁵¹ le droit de séjour de l'enfant, citoyen de l'Union migrant.

Ainsi, la possession de la nationalité d'un autre État membre suffit pour faire entrer la situation dans le champ d'application du droit de l'Union, et ce, même si le citoyen de l'Union n'a pas franchi de frontières. J.-Y. CARLIER en conclut que « l'affaire Chen, qui peut avoir une incidence importante sur les migrations familiales, est le résultat de la synthèse de trois éléments de l'élargissement. La mère bénéficie de l'élargissement de nationalité aux ressortissants d'État tiers membres de la famille, même si elle n'est pas une ascendante à charge de l'enfant. L'enfant bénéficie de l'élargissement à tout citoyen disposant de moyens de subsistance, même si ceux-ci lui viennent de sa mère. Toutes deux bénéficient de l'élargissement de la notion de circulation, fût-elle fictive, par la nationalité »⁸⁵².

⁸⁴⁹ Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JO L 180 du 13 juillet 1990, p.26.

⁸⁵⁰ Point 41 de l'arrêt *Chen*, aff. C-200/02, précité.

⁸⁵¹ Point 45 de l'arrêt *Chen*, aff. C-200/02, précité.

⁸⁵² J.-Y. CARLIER, « L'Europe et les étrangers », in *Colloque de Genève*, janvier 2006, p.8.

Cette solution prétorienne a été confirmée dans le cadre de la directive 2004/38/CE. D'une part, l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE prévoit que celle-ci s'applique notamment à tout citoyen de l'Union qui *séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité*. Sur ce point, la Cour de justice a confirmé que l'absence de migration d'enfants qui possèdent la nationalité de deux États membres n'est pas un argument pour écarter l'application de la directive⁸⁵³. D'autre part, elle a jugé qu'il n'est pas nécessaire, pour satisfaire à la condition de « ressources suffisantes » visée à l'article 7, paragraphe 1, sous b) de la directive 2004/38/CE, que le citoyen de l'Union dispose lui-même de telles ressources, celui-ci pouvant se prévaloir d'un droit de séjour même lorsque les ressources en question proviennent d'un membre de sa famille, ascendant direct assurant la garde de ce citoyen⁸⁵⁴. Le membre de la famille peut ainsi être un ascendant « à charge » du citoyen européen⁸⁵⁵ ou un ascendant *ayant la charge* du citoyen de l'Union.

Dans l'affaire *Chen*, l'enfant citoyen de l'Union résidait dans un État membre autre que celui dont il possédait la nationalité. L'existence d'une frontière fictive entre deux États membres a suffi à rattacher la situation au droit de l'Union. Dans une autre affaire, la Cour de justice a été plus loin en rattachant au droit de l'Union la situation d'enfants citoyens de l'Union qui n'avaient jamais quitté le territoire de l'État membre dont il possédait la nationalité.

B. La régularisation de l'étranger, parent d'un enfant citoyen de l'Union sédentaire

Contrairement à l'arrêt *Chen*, dans lequel la Cour reconnaît un lien d'extranéité fictif,

⁸⁵³ Voir par exemple, CJUE, 10 octobre 2013, *Adzo Domenyo Alokpa et autres contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-86/12, non encore publié au Recueil. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et H. CASSAGNABERE H« Chronique de jurisprudence de la CJUE. Ascendant d'un enfant né dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité et n'ayant pas fait usage de son droit de libre circulation », *AJDA*, 2013 p.230 ; A. RIGAUX, « Regroupement familial », *Europe*, 2013, Décembre, Comm. n° 12, p.18.

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ article 2, d), 2) de la directive 2004/38/CE, précitée.

dans l'arrêt *Zambrano*, il n'en existe clairement aucun. Menacés d'expulsion, des ressortissants de pays tiers parents d'enfants belges ont pu toutefois invoquer que leurs enfants étaient des citoyens de l'Union, même sédentaires, et se voir conférer pour eux-mêmes, par ricochet, un droit de séjour et un permis de travail au titre du droit de l'Union. La manœuvre des parents, ressortissants d'États tiers, avait consisté à s'abstenir sciemment de déclarer l'enfant au consulat de Colombie permettant ainsi à celui-ci d'avoir la nationalité belge car apatride.

Les enfants avaient donc la nationalité de l'État de résidence et la situation était par conséquent purement interne à l'État belge. Aucun élément d'extranéité, même artificiel, n'était identifiable. La solution jurisprudentielle ne pouvait donc pas être consacrée dans le cadre du régime mis en place dans la directive 2004/38/CE puisque les enfants citoyens de l'Union n'avaient jamais migré. Or, la Cour de justice a décidé de fonder son raisonnement uniquement sur la base de l'article 20 TFUE. À la lecture de cet article, son applicabilité ne requiert pas *a priori* de circulation. C'est ce que semble avoir confirmé la Cour. Elle a considéré que des enfants citoyens de l'Union, dont les parents colombiens sont en situation irrégulière sur le territoire belge, ne doivent pas être privés du droit de rester sur le territoire de l'Union. Plus précisément, selon une formule particulièrement novatrice et audacieuse de la Cour, « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union (...) »⁸⁵⁶. Ce droit de séjour des enfants suffit, en soi, pour accorder la résidence et un permis de travail à leurs parents en Belgique, pour la seule raison qu'ils prennent soin de ces mêmes enfants. En effet, refuser ces droits aux parents et les expulser auraient pour conséquence de conduire également les enfants à quitter le territoire et de porter atteinte au droit de séjour des enfants protégé par leur statut de citoyens de l'Union⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ Point 42 de l'arrêt *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

⁸⁵⁷ Selon la Cour, « le refus de séjour opposé à une personne, ressortissant d'un État tiers, dans l'État membre où résident ses enfants en bas âge, ressortissants dudit État membre, dont elle assume la charge ainsi que le refus d'octroyer à cette personne un permis de travail auront un tel effet. Il doit, en effet, être considéré qu'un tel refus de séjour aura pour conséquence que lesdits enfants, citoyens de l'Union, se verront obligés de quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents. De la même manière, si un permis de travail n'est pas octroyé à une telle personne, celle-ci risque de ne pas disposer de ressources nécessaires pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille, ce qui aurait également pour conséquence que ses enfants, citoyens de l'Union, se verraient obligés de quitter le territoire de celle-ci. Dans de telles conditions, lesdits citoyens de

Au regard de la problématique relative aux tensions entre le niveau interne et le niveau européen⁸⁵⁸, la principale conséquence notable de cette affaire est la transformation du statut de parent ressortissant d'État tiers d'enfants citoyens de l'Union et de leurs enfants. De la catégorie nationale d'étranger irrégulier, le parent devient un «quasi» citoyen de l'Union en entrant dans la catégorie européenne de ressortissant d'États tiers parent d'un enfant mineur, citoyen de l'Union. D'un statut national d'étranger irrégulier, le parent obtient la résidence permanente et légale et se voit même accorder un permis de travail en Belgique. Comme le relève L. AZOULAÏ, la conséquence de cette décision est décisive pour le ressortissant de pays tiers : « c'est la requalification d'un demandeur d'asile en défaut de reconnaissance en quasi-citoyen revêtu de la puissance d'agir reconnue à tous les citoyens de l'Union, c'est-à-dire le passage d'une situation de grande précarité à l'octroi d'un statut stable et sûr sur le plan juridique et économique »⁸⁵⁹.

Cette jurisprudence a toutefois été par la suite précisée et limitée⁸⁶⁰. La Cour de justice a tout d'abord précisé dans quel cas le citoyen de l'Union se voyait privé de la jouissance effective de son statut par la formule suivante : « Il existe des situations très particulières dans lesquelles, en dépit du fait que le droit secondaire relatif au droit de séjour des ressortissants de pays tiers n'est pas applicable et que le citoyen de l'Union concerné n'a pas fait usage de sa liberté de circulation, un droit de séjour ne saurait, exceptionnellement, être refusé à un ressortissant d'un pays tiers membre de la famille dudit citoyen, sous peine de méconnaître l'effet utile de la citoyenneté de l'Union dont il jouit si, comme conséquence d'un tel refus, ce citoyen se voyait obligé, en fait, de quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble, en le privant ainsi de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut »⁸⁶¹.

l'Union seront, de fait, dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union », points 43 et 44.

⁸⁵⁸ Pour une analyse plus exhaustive de l'arrêt *Zambrano*, voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

⁸⁵⁹ L. AZOULAÏ, « Marges de la citoyenneté européenne. Obligations étatiques, équité transnationale, Euro-Bonds », in B. FAUVARQUE-COSSON, E. PATAUT et J. ROCHFELD, (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p.75.

⁸⁶⁰ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité. Voir *supra*, Partie I, Titre I, chapitre 1, section 2.

⁸⁶¹ Voir par exemple, CJUE, 8 mai 2013, *Kreshnik Ymeraga et autres contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-87/12, non encore publié au Recueil, point 36. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de F. PICOD, « Le refus de regroupement familial n'affecte en principe pas l'essentiel », *JCP G*, 2013, n° 21, p.999 ; A. RIGAUX, « Regroupement familial. La Cour confirme son interprétation restrictive du champ d'application et l'étendue du droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens de l'Union, tant au regard des dispositions des directives 2003/86/CE et 2004/38/CE qu'à

Concrètement, selon E. PATAUT, le rôle du droit de l'Union est de « s'assurer que l'application du droit national ne conduit pas, en fait, à chasser d'Europe un citoyen européen »⁸⁶².

Ensuite, la Cour de justice a limité l'applicabilité de la protection qui résulte du statut de citoyen de l'Union aux situations mettant en cause les seuls enfants. Tout comme dans l'arrêt *Chen*, l'« intérêt supérieur de l'enfant »⁸⁶³ est un argument qui semble implicitement retenu. La régularisation de la situation du ressortissant d'État tiers n'est pas possible lorsque celui-ci est le conjoint d'un citoyen de l'Union qui n'a jamais migré et ce, même s'il possède la nationalité d'un autre État membre⁸⁶⁴. Seuls les adultes incapables ou dépendants pourront éventuellement bénéficier de la jurisprudence *Zambrano*⁸⁶⁵.

La raison de cette différenciation entre les enfants et les adultes est simple. Dans le cas d'enfants mineurs, ceux-ci se voient contraints de quitter le territoire de l'Union en cas d'expulsion de leurs parents ressortissants de pays tiers. Dans le cas d'adultes, l'expulsion de leurs conjoints ressortissants de pays tiers n'entraîne pas *de facto* une privation de leur droit au séjour sur le territoire de l'Union. Aussi, seuls les enfants mineurs pourront bénéficier de cette jurisprudence dès lors qu'ils ne peuvent pas vivre seuls sur le territoire de l'Union⁸⁶⁶.

Pour conclure, les arrêts *Chen* et *Zambrano* illustrent particulièrement le phénomène de « re-catégorisation » fondée sur le droit de l'Union plus favorable à l'étranger tiers à l'Union et *in fine* la mise à mal des catégories nationales. Dans les deux cas, le droit de l'Union se substitue purement et simplement au droit national. Et, en ouvrant la voie à de possibles contournements du droit national de l'immigration par le recours à la citoyenneté de l'Union, ces jurisprudences ont logiquement suscité une opposition unanime des États membres

celles de l'article 20 TFUE », *Europe*, 2013, Juillet, Comm. n° 7, p.25 ; CJUE, 10 octobre 2013, *Adzo Doményo Alokpa, Jarel Mondoulou, Eja Mondoulou/Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration Alokpa et Maudoulou*, aff. C-86/12, non encore publié au Recueil.

⁸⁶² E. PATAUT, « Le citoyen européen et sa famille étrangère », *RTDE*, 2013, p.927 et s.

⁸⁶³ Article 24, alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 303 du 14 décembre 2007, p.7.

⁸⁶⁴ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, précité.

⁸⁶⁵ S. PLATON, « Condition d'extranéité et situations purement internes après les arrêts *Zambrano* et *McCarthy* : de la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *op. cit.*, p.34 ; P. MENGOZZI, prise de position sur CJUE, (grande chambre), 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, aff. C-256/11, point 47.

⁸⁶⁶ S. CORNELOUP, « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *op. cit.*, pp 1325 et s.

soucieux de ne pas se voir dessaisir une fois de plus de leur compétence en matière d'immigration⁸⁶⁷. Cependant, la Cour de justice a choisi d'adopter « une tonalité différente de celle des États membres »⁸⁶⁸ en ne retenant pas l'argument de la pression migratoire et de la manœuvre frauduleuse consistant à obtenir le droit d'entrée et de séjour sur le territoire de l'Union par le truchement du mariage avec un citoyen de l'Union migrant ou la naissance d'un enfant sur le territoire d'un État membre appliquant un droit de la nationalité fondé sur le *jus soli*.

Cette dynamique jurisprudentielle de la Cour de justice en faveur de la protection du regroupement familial et quel que soit le statut initial du ressortissant d'État tiers soulève la question du degré de dessaisissement des États membres de leur compétence en matière d'immigration.

⁸⁶⁷ CJUE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, précité. La solution issue de cet arrêt autorise un ressortissant de pays tiers à éluder le droit national de l'immigration plus contraignant, par exemple une mesure nationale d'expulsion, lorsqu'il est membre de la famille d'un citoyen de l'Union par le recours au droit de la libre circulation de ce dernier.

⁸⁶⁸ M. BOUMGHAR, « Quelques remarques sur la tendance sécuritaire actuelle du droit des étrangers à l'échelle européenne », in M. BENLOLO-CARABOT et K. PARROT (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.67 et s.

SECTION 2. L'ÉVALUATION DES CONSÉQUENCES DU CONTOURNEMENT EUROPÉEN DES LÉGISLATIONS NATIONALES RELATIVES AUX ÉTRANGERS

La dynamique jurisprudentielle d'extension du champ d'application du droit de l'Union entame clairement les compétences des États membres en matière d'immigration. Elle renforce ainsi la tension déjà prégnante entre deux domaines de compétence, celui de la libre circulation des personnes appartenant à l'Union et celui de l'immigration incombant en partie aux États membres.

La Cour de justice dépossède donc les États membres d'une partie de leur compétence migratoire, elle empiète sur leurs pouvoirs. Plus précisément, elle conteste leur pouvoir de réglementer la première admission des ressortissants de pays tiers sur leur territoire. Il y a bien une emprise du droit de l'Union sur le droit national de l'immigration. Cet argument a d'ailleurs été vigoureusement défendu par les nombreux États intervenus au soutien des gouvernements défendeurs au principal dans les affaires *Metock*, *Chen* ou *Zambrano*. Ils dénonçaient une ingérence de la Cour de justice dans leur champ de compétence migratoire et exprimaient leur crainte d'une « ouverture des vannes de l'immigration »⁸⁶⁹.

Cette concurrence entre le droit national de l'immigration et le droit de l'Union conduit à mesurer l'étendue du dessaisissement de la compétence des États membres en matière d'immigration (Paragraphe 1) et milite en faveur d'une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres tant la frontière entre le droit de la libre circulation, subsidiairement celui de la citoyenneté de l'Union, et le droit national de l'immigration devient progressivement « introuvable »⁸⁷⁰ (Paragraphe 2).

⁸⁶⁹ Conclusions de l'avocate générale E. SHARPSTON présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, point 105.

⁸⁷⁰ S. BARBOU DES PLACES, « Droit de la libre circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », *op. cit.*, p.350.

Paragraphe 1. Le dessaisissement des États membres de leur compétence relative au premier accès de l'étranger sur le territoire de l'Union

Les États membres sont dessaisis d'une part importante de leur compétence en matière de contrôle de l'immigration. En effet, l'extension jurisprudentielle du champ d'application du droit dérivé relatif à la libre circulation et, plus exceptionnellement de la citoyenneté de l'Union statique, impacte la capacité des États à contrôler l'entrée et/ou le séjour sur leur territoire des ressortissants de pays tiers à l'Union. La compétence traditionnelle, en tant qu'État souverain, sur le territoire « cède devant un droit primordial, le droit des citoyens à jouir et à occuper leur territoire, le territoire européen »⁸⁷¹.

Il est alors logique que les États, au cours de ces différentes affaires, aient fait part de leur crainte d'un afflux massif d'immigrés sur le territoire de l'Union. C'est ainsi que l'agent de l'Irlande, au cours de l'audience dans l'affaire *Zambrano*, « a décrit, en termes dramatiques, la vague d'immigration en provenance de pays tiers qui déferlerait inévitablement si l'on devait juger que M. Ruiz Zambrano jouit d'un droit de séjour découlant de la nationalité belge de ses enfants »⁸⁷².

La maîtrise par les États membres du régime juridique national de l'étranger est effectivement affectée puisqu'il peut être écarté au profit d'un régime européen plus favorable pour le ressortissant de pays tiers. Les solutions de la Cour de justice privilégiant l'effectivité de la libre circulation, voire même de la citoyenneté de l'Union, ont nécessairement des conséquences directes sur les politiques migratoires des États membres. Plus précisément, la jurisprudence de la Cour de justice dépoussière les États d'« éléments clés du contrôle migratoire »⁸⁷³ appliqués lors de la première admission de ces étrangers sur leur territoire,

⁸⁷¹ L. AZOULAI, « Marges de la citoyenneté européenne. Obligations étatiques, équité transnationale, Euro-Bonds », *op. cit.*, p.75.

⁸⁷² Conclusions de l'avocate générale E. SHARPSTON présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, point 112.

⁸⁷³ S. BARBOU DES PLACES, « Droit communautaire de la liberté de circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », *op. cit.*, p.347.

notamment le traitement de l'irrégularité du séjour (A) et le contrôle des motifs de l'entrée sur le territoire national⁸⁷⁴ (B).

A. La remise en cause du traitement national de l'irrégularité du séjour de l'étranger

Le premier aspect du contrôle étatique de l'immigration remis en cause est le traitement de l'irrégularité du séjour de l'étranger tiers à l'Union sur le territoire national. Les critères de la catégorisation nationale des étrangers sont souvent fondés sur les circonstances de l'entrée d'un étranger sur le territoire d'un État. Ainsi, le fait d'être entré régulièrement ou irrégulièrement est souvent utilisé comme critère opérationnel pour catégoriser les étrangers dans les États membres. Et, en principe, l'irrégularité du séjour de l'étranger dans l'État justifie l'exclusion d'un nombre important de droits et peut également fonder une décision d'éloignement de l'étranger du territoire national. C'est ainsi que par exemple, l'article L 511-1 du CEDESA autorise l'autorité administrative à obliger à quitter le territoire français un ressortissant de pays tiers « 1° Si l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ; 2° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré ; 3° Si la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé à l'étranger ou si le titre de séjour qui lui avait été délivré lui a été retiré ; 4° Si l'étranger n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour temporaire et s'est maintenu sur le territoire français à l'expiration de ce titre ; 5° Si le récépissé de la demande de carte de séjour ou l'autorisation provisoire de séjour qui avait été délivré à l'étranger lui a été retiré ou si le renouvellement de ces documents lui a été refusé ».

C'était le cas des requérants dans l'affaire *Metock* à qui les autorités irlandaises avaient refusé d'accorder un titre de séjour en raison de l'irrégularité de leur séjour. Or, la

⁸⁷⁴ *Ibid.*

solution de la Cour de justice dans cette affaire impose à l'État membre de faire passer les requérants de la catégorie nationale d'étranger irrégulier éloignable à la catégorie européenne d'étranger tiers à l'Union membre de la famille d'un citoyen de l'Union migrant. La solution de la Cour de justice crée ainsi « une sorte de régularisation de [leur] titre[s] de séjour »⁸⁷⁵.

De fait, elle soustrait une partie des ressortissants de pays tiers à la catégorisation nationale des étrangers dans la mesure où elle leur permet de passer de la catégorie nationale d'étranger irrégulier à la catégorie européenne d'« étranger privilégié ». L'État membre d'accueil est alors privé de son pouvoir de réglementer l'immigration en provenance des pays tiers. Plusieurs États membres, tels que l'Irlande, le Danemark ou encore le Royaume-Uni, qui subordonnaient le droit de séjour des membres de la famille ressortissants d'États tiers d'un citoyen de l'Union à l'obligation de séjour légal préalable dans un autre État membre, ont par conséquent dû modifier leurs législations nationales transposant la directive 2004/38/CE.

Cette solution contredit clairement le pouvoir discrétionnaire des États membres de contrôler le passage de l'irrégularité à la régularité du séjour puisque celui-ci est imposé par le droit de l'Union. Le mariage avec un citoyen de l'Union migrant ou la naissance d'un enfant dans un État membre attribuant nationalité par le *jus soli* suffit, par exemple, à faire basculer le ressortissant de pays tiers dans le champ d'application du droit de l'Union⁸⁷⁶. Le contrôle étatique de la première admission des étrangers tiers à l'Union est contrarié par la jurisprudence de la Cour de justice qui tente toutefois de minimiser les effets de la solution en indiquant qu'elle concerne « uniquement ceux qui sont membres de la famille »⁸⁷⁷.

La dynamique jurisprudentielle d'infléchissement des situations purement internes va encore plus loin dans le dessaisissement des États de leur compétence migratoire. En effet, le dessaisissement de l'État de sa compétence migratoire se justifie dès lors que la situation du ressortissant tiers relève du champ d'application des libertés de circulation à l'intérieur de l'Union conférés au membre de la famille d'un citoyen de l'Union migrant. Or, dans l'affaire *Zambrano*, dans la mesure où les enfants citoyens de l'Union n'avaient pas migré, l'affaire

⁸⁷⁵ J. CAVALLINI, « Conditions d'exercice du droit au regroupement familial », *JCP S*, 2008, pp.39-41.

⁸⁷⁶ CJUE, 25 juillet 2008, *Metock* aff. C-127/08, précité.

⁸⁷⁷ Point 97 de l'arrêt *Metock*, aff. C-172/08, précité.

relevait clairement d'une situation purement interne et, par conséquent, de la compétence migratoire de l'État membre concerné. Pourtant, la Cour de justice a admis que l'affaire relevait du champ d'application du droit de l'Union, plus précisément de l'article 20 TFUE relatif à la citoyenneté de l'Union. Ainsi, le droit de l'immigration et le droit du travail de l'État membre ont été écartés alors même que la situation semblait purement interne à cet État. L'aptitude de l'État à appréhender des étrangers initialement en situation irrégulière sur son territoire est donc atteinte.

B. La remise en cause du contrôle national des motifs de l'immigration

Le second aspect du contrôle de l'immigration contesté par le droit de l'Union est le contrôle des motifs de l'immigration. Les États accordent en principe le droit d'entrée et/ou de séjour sur le fondement d'une intention ou d'un objectif personnel annoncé comme par exemple travailler, faire des études, rejoindre sa famille ou comme dans l'affaire *Metock*, la volonté de fuir son État d'origine et obtenir l'asile.

Or, dans cette affaire, la Cour de justice admet le rattachement automatique de la situation des ressortissants de pays tiers au droit de la libre circulation sans considération pour le contrôle étatique préalable du motif initial de l'accès au territoire national alors même que paradoxalement la Commission européenne est particulièrement réticente à l'égard des changements de statuts. Entrés sur le territoire irlandais en qualité de demandeur d'asile politique, ce motif de l'immigration invoqué par les requérants avait été refusé par l'État membre. Le motif du regroupement familial avec un citoyen de l'Union migrant se substitue à ce premier motif et permet alors la régularisation de leur situation.

Force est alors de constater que les autorités normatives nationales ne maîtrisent plus toujours l'opération de catégorisation des étrangers car les régimes applicables à ces catégories sont substituables par d'autres imposés par le droit de l'Union. En déplaçant sans cesse le curseur permettant de délimiter le champ d'application du droit de la libre circulation ou de la citoyenneté de l'Union, la Cour de justice perturbe, en parallèle, les limites de la

frontière entre les compétences des États membres et celles de l'Union européenne⁸⁷⁸. Cette articulation délicate du droit national de l'immigration et le droit de l'Union complexifie particulièrement le contentieux des étrangers.

En effet, comment déterminer les situations qui relèvent alors du droit de l'immigration des États membres et celles qui relèvent du droit de l'Union ? La réponse est particulièrement difficile à apporter. Pourtant, selon S. BARBOU DES PLACES, elle « doit être considérée avec sérieux » ne serait-ce pour une raison de sécurité juridique parce que « pour le ressortissant d'État tiers qui demande le bénéfice du droit au séjour et risque l'éloignement, il importe de connaître avec une certaine prévisibilité où se trouve la ligne de séparation entre le principe de liberté de circulation et le droit qui soumet son mouvement à une appréciation discrétionnaire »⁸⁷⁹.

Paragraphe 2. La nécessité de clarifier la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres

L'enchevêtrement des droits de l'Union européenne relative à la libre circulation et à la citoyenneté de l'Union et des droits nationaux de l'immigration accentue la confusion qui règne dans l'ordre juridique de l'Union et incite à repenser la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. Largement contesté par les États (A), cet élargissement du domaine de compétence de l'Union est pourtant justifié par la Cour de justice (B).

⁸⁷⁸ S. BARBOU DES PLACES, « Droit communautaire de la liberté de circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », *op. cit.*, p.350.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

A. Un élargissement du domaine de compétence de l'Union européenne a priori contestable

Selon les États membres, les décisions de la Cour de justice régularisant la situation des ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union portent atteinte à leur pouvoir dans la maîtrise de l'immigration à leurs frontières externes. À cet égard, dans chacune de ces affaires, les États ont invoqué l'argument de la répartition des compétences entre les États membres et l'Union européenne. Plus précisément, ils ont défendu l'existence d'une compétence retenue des États membres pour réglementer le premier accès au territoire de l'Union des ressortissants de pays tiers. Cette érosion de la compétence nationale en matière d'immigration qui est le fait de la Cour de la justice donne ainsi « le sentiment que les États sont assaillis de toutes parts et sont en droit de revendiquer la protection de leurs compétences »⁸⁸⁰.

Une approche restrictive de la répartition des compétences entre les États membres et l'Union européenne aurait pu toutefois être envisagée par la Cour de justice. Elle pouvait soutenir qu'une interprétation conforme aux règles de compétences définies par le traité en vertu de l'article 19 TUE impliquait non seulement une délimitation des compétences de l'Union européenne mais également la garantie de l'exercice effectif des États membres de leurs compétences. C'est d'ailleurs ce qu'avait défendu l'avocat général L.A. GEELHOED dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Jia* en affirmant que « l'aspect interne relève dans sa totalité du droit communautaire » et que concernant « l'aspect externe de ce domaine d'action politique (...) Même si diverses mesures ont été arrêtées (...), l'harmonisation est encore loin d'être achevée dans ces domaines. Dans l'état actuel du droit communautaire, il est patent que les États membres restent compétents pour la plupart des aspects de la réglementation de l'immigration (...) Plus particulièrement, cela signifie que c'est aux États membres qu'il appartient de décider de la première admission sur leurs territoires respectifs de personnes originaires de pays tiers, selon les critères fixés par leurs législations nationales ». Il avait conclu que, « si l'on acceptait que des ressortissants de pays tiers qui ne séjournent pas déjà régulièrement dans un État membre et qui souhaitent rejoindre un ressortissant de

⁸⁸⁰ V. MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *op. cit.*, p.44.

l'Union qui a exercé son droit à la libre circulation bénéficient d'un droit automatique d'entrer et de séjourner dans l'État membre d'accueil, sur la seule base du lien familial et sans aucune intervention de la part de cet État membre, ils auraient la possibilité de contourner les lois nationales sur l'immigration. Cette conception saperait donc le pouvoir pour les États membres de maîtriser l'immigration à leurs frontières externes »⁸⁸¹.

Ainsi, il pouvait être considéré que les règles régissant la première admission des ressortissants de pays tiers relèvent de la seule compétence des États membres et que la jurisprudence *Akrich* imposant un séjour légal préalable au ressortissant d'État tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union était celle qui garantissait le plus la cohérence du système.

Ce raisonnement quant à la délimitation des compétences avait été également suggéré par l'Irlande dans l'affaire *Metock* qui proposait de rattacher la circulation «interne» à la compétence de l'Union européenne et la circulation «externe» à la compétence des États membres. Cet État membre défendait «une lecture essentiellement statutaire» de la répartition des compétences, le statut des intéressés en matière de séjour déterminant la ligne de démarcation entre l'extérieur et l'intérieur du territoire communautaire, entre la compétence des États membres et celle de la Communauté »⁸⁸². En l'espèce, le ressortissant de pays tiers était déjà sur le territoire de l'Union mais il était en situation irrégulière. Son statut d'étranger irrégulier en provenance d'un pays tiers justifiait selon l'Irlande la compétence de l'État, raisonnement qui n'a pas été suivi par la Cour de justice.

B. Un élargissement du domaine de compétence de l'Union européenne finalement justifié

La Cour de justice ne retient pas l'approche statutaire de la répartition des compétences dans la mesure où elle confirme la compétence de l'Union pour réglementer

⁸⁸¹ Conclusions de l'avocat général L.A. GEELHOED présentées le 27 avril 2006 dans l'affaire CJCE, 9 janvier 2007, *Yunying Jia contre Migrationsverket*, aff. C-1/05, points 3, 32, 33 et 67.

⁸⁸² A. JAUME, « Arrêt «Metock» : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *op. cit.*, p.272.

l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union migrant, « y compris lorsque les membres de la famille ne séjournaient pas déjà légalement dans un autre État membre »⁸⁸³, autrement dit même lorsque le ressortissant de pays tiers est entré irrégulièrement sur le territoire de l'Union. Elle dépossède l'État membre de son pouvoir de contrôler la première admission du ressortissant de pays tiers sur son territoire. En somme, la compétence de l'Union s'étend aux conditions d'entrée et de séjour de ces personnes puisque l'impossibilité pour le citoyen de l'Union d'être accompagné ou rejoint par sa famille est de nature à le dissuader d'exercer son droit à la libre circulation⁸⁸⁴.

En outre, l'exigence d'une application uniforme du droit de l'Union s'oppose à ce que le droit de séjour du membre de la famille d'un citoyen de l'Union dépende de son statut au regard des règles nationales d'immigration⁸⁸⁵. Si le droit de l'Union ne comporte aucune disposition à l'égard de la première admission du ressortissant de pays tiers sur le territoire de l'Union, « la Cour considère qu'il existe un vide juridique susceptible d'être comblé par sa jurisprudence »⁸⁸⁶. Il est bien ici question d'un « élargissement furtif »⁸⁸⁷ des compétences de l'Union au détriment d'un « grignotage »⁸⁸⁸ des compétences nationales.

Cet « embonpoint communautaire »⁸⁸⁹ résultant de la solution de la Cour de justice a suscité de vives critiques de la part des États membres. Ils craignaient que, combinée aux solutions issues des arrêts *Singh* et *Eind*, la jurisprudence *Metock* ne soit utilisée à des fins de contournement des législations nationales relatives à l'immigration. Par exemple, au Danemark, le Premier ministre a affirmé que l'arrêt créait dans la législation relative à l'immigration « une faille qui pourrait permettre à des ressortissants de pays tiers de «régulariser» plus facilement leur situation en se mariant avec un citoyen de l'Union européenne »⁸⁹⁰. L'arrêt a également conduit le Royaume-Uni à demander à la Commission

⁸⁸³ Point 65 de l'arrêt *Metock*, aff. C-127/08, précité.

⁸⁸⁴ Point 64 de l'arrêt *Metock*, aff. C-127/08, précité.

⁸⁸⁵ Point 67 de l'arrêt *Metock*, aff. C-127/08, précité.

⁸⁸⁶ H. ALCARAZ, « Droit d'entrée et de séjour d'un ressortissant ayant des liens de parenté avec un citoyen de l'Union », *AJDA*, 2009, p.321.

⁸⁸⁷ Selon la formule retenue dans le document de travail présenté le 19 juillet 2002, DOC., Conv. 209/02, p.2.

⁸⁸⁸ V. MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *op. cit.*, p.44.

⁸⁸⁹ *Ibid*, p.30

⁸⁹⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, COM (2008) 840 final, 10 décembre 2008, point 3.1.

européenne de présenter des propositions en vue d'une modification de la directive destinée à « lutter contre les abus et les mauvaises utilisations de la directive »⁸⁹¹. La Suisse a quant à elle refusé initialement d'appliquer la solution sur son territoire⁸⁹².

L'arrêt *Zambrano* pose également et, avec d'autant plus d'acuité, la question de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. En effet, il faut relever une différence entre les arrêts *Metock* et *Zambrano*. Dans l'arrêt *Metock*, les citoyens de l'Union concernés avaient circulé au sein de l'Union. La reconnaissance d'une compétence de l'Union pour réglementer les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers était fondée sur la nécessité de protéger la liberté de circulation des citoyens de l'Union. Dans l'arrêt *Zambrano*, les enfants n'avaient pas circulé au sein de l'Union. La compétence de l'Union européenne est donc considérablement élargie pour couvrir les citoyens de l'Union « statiques » au détriment de la compétence nationale dans le domaine de l'immigration. Ainsi, la Cour de justice n'a pas été sensible à l'argument avancé par les gouvernements de la perte de contrôle des États sur les flux migratoires. Selon les juges de l'Union, l'argument des conséquences en termes des droits individuels doit l'emporter sur l'argument de conséquences en termes de contrôle de l'État de l'immigration. Il n'est pas exagérer d'affirmer, sans réserve, avec D. MARTIN⁸⁹³, que la Cour statue *ultra vires* en violant la compétence des États membres s'agissant du regroupement familial de leurs nationaux.

Ayant démontré que le recours au droit de l'Union relatif à la libre circulation des personnes et au droit de la citoyenneté de l'Union, sont susceptibles d'être un moyen de contourner le droit national de l'immigration, il reste encore à démontrer en quelles circonstances, cette éviction des règles nationales est constitutive d'un exercice abusif du droit de l'Union. L'étude de ce phénomène prouve qu'il est difficile de sanctionner ces contournements du droit national pour la simple raison que la Cour de justice a développé une

⁸⁹¹ Document du Conseil n°15903/08 du 18 novembre 2008. Cette suggestion n'a toutefois pas été finalement retenue, Doc. Du Conseil n°16151/1/08 du 26 novembre 2008.

⁸⁹² Cependant, le 29 septembre 2009, dans son arrêt 2C_196/2009, le Tribunal fédéral a pris en compte l'arrêt *Metock* de la Cour de justice pour l'examen du droit de séjour de ressortissants d'États tiers, inscrit à l'article 3, de l'annexe I, de l'Accord sur la libre circulation des personnes.

⁸⁹³ D. MARTIN, « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *op. cit.*, p.92.

jurisprudence anti-contournement dont la mise en œuvre par les États membres est particulièrement restrictive, voire quasi impossible.

Le plus remarquable est que cette extension des compétences de l'Union au détriment des droits nationaux de l'immigration a des conséquences très éloignées de celles envisagées par la Cour de justice : parce qu'elle renvoie les États membres à leur propre responsabilité, ces derniers modifient leurs législations relatives à la nationalité et/ou au mariage afin de court-circuiter ces solutions jurisprudentielles. En somme, en réponse aux possibles stratégies juridiques de contournement de leurs législations nationales par les étrangers tiers à l'Union, les États membres sont incités à mettre eux-mêmes en place des stratégies juridiques pour contrer les solutions libérales de la Cour de justice.

CHAPITRE 2

LA LUTTE CONTRE LE CONTOURNEMENT EUROPÉEN DU DROIT NATIONAL DE L'IMMIGRATION

Le phénomène de contournement européen des législations nationales n'est pas en soi contestable en présence d'une situation «européanisée». Il est même légitime⁸⁹⁴. En revanche, l'insertion d'un élément d'extranéité dans le rapport juridique dans le seul but d'éluder des règles nationales dérangeantes est discutable. En principe, l'invocation des règles de l'Union européenne relatives à la libre circulation des personnes ou exceptionnellement à la citoyenneté de l'Union s'analyse comme l'exercice de droits que le droit de l'Union entend conférer aux ressortissants des États membres et n'a pas pour objet de leur permettre d'en user en vue de contourner les législations nationales qui seraient normalement applicables. D. SIMON et A. RIGAUX constatent, en effet, que « si l'usage des règles relatives à la libre circulation est parfaitement légitime et correspond même aux buts voulus par les auteurs des traités, l'abus de l'exercice de ces droits constitue un comportement s'apparentant à un *forum shopping* illicite »⁸⁹⁵.

Que dire du citoyen de l'Union qui «fabrique» une situation européenne dans le seul but d'éluder des règles nationales en matière d'immigration afin de soumettre le membre de sa famille ressortissant de pays tiers à un régime plus favorable ? Face à ce risque de « dévoiement »⁸⁹⁶ des finalités du droit de l'Union, deux remèdes ont été privilégiés : la répression qui est le fait de la jurisprudence européenne et la prévention qui est le fait du législateur national⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ L'ambition de la Cour a d'ailleurs toujours été de « mobiliser les particuliers pour la cause de l'intégration, en les incitant à faire valoir les dispositions communautaires servant leurs intérêts », rappelle D. TRYANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *CDE*, 2002, n°5, p.614.

⁸⁹⁵ D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac. Cinquante ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, p.564.

⁸⁹⁶ Selon l'expression de J.-S. BERGÉ, « Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood », *JCP G*, 2000, n°5-6, p.289.

⁸⁹⁷ A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, op. cit., p.220. Comme solutions envisageables aux contournements

Le juge de l'Union intervient tout d'abord, ayant pour mission de réprimer les manœuvres de contournement. Dès les années 70, sollicitée à titre préjudiciel par les juges nationaux, la Cour de justice a ainsi tenté de développer progressivement une jurisprudence «anti-contournement» fondée sur l'idée que les États membres sont en droit de prendre des mesures pour empêcher que la libre circulation ne soit utilisée par leurs ressortissants dans le seul but de contourner les normes nationales. Cependant, appliquée à des cas concrets, cette jurisprudence a rapidement montré ses limites (Section 1). Il était donc à prévoir qu'« en réponse au déplacement de la zone frontalière par la Cour, les États reconstituent des points de contrôle des migrations ; ils recomposent une frontière »⁸⁹⁸. Les législateurs nationaux ont, en effet, tenté de jouer sur les causes des manœuvres de contournement afin de rendre plus difficiles leur mise en œuvre. C'est ainsi que les États membres ont, dans leurs domaines de compétences, mis en place des «parades» à l'éviction européenne de leurs règles relatives à l'immigration (Section 2).

des droits nationaux, l'auteur fait référence à la dialectique de la répression et de la prévention.

⁸⁹⁸ S. BARBOU DES PLACES, « Droit communautaire de la liberté de circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », *op. cit.*, p.354.

SECTION 1. LA PERSPECTIVE EUROPÉENNE : LA RÉPRESSION JURISPRUDENTIELLE DU CONTOURNEMENT EUROPÉEN DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS

La question de la réception de la théorie de l'abus en droit de l'Union européenne a souvent été controversée. D'ailleurs certains auteurs ont renoncé à toute systématisation tant cet « instrument de police des droits subjectifs »⁸⁹⁹ est difficile à appréhender dans le contexte du droit de l'Union⁹⁰⁰.

Dans l'ordre juridique de l'Union, cela revient à dire qu'un citoyen de l'Union bénéficiant d'un droit issu du droit originaire ou du droit dérivé « l'exerce dans des conditions qui dépassent le seuil de normalité impliqué par la règle en cause »⁹⁰¹. Autrement dit, selon la Commission, « la notion d'abus peut être définie comme un comportement artificiel adopté dans le seul but d'obtenir le droit de circuler et de séjourner librement en vertu du droit communautaire qui, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, n'atteint pas l'objectif poursuivi par cette réglementation »⁹⁰². Cependant,

⁸⁹⁹ C. CADIET, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Encyclopédie Dalloz, 2004, p.9.

⁹⁰⁰ M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in J. VERHOEVEN (dir.), *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp.165 et s. ; A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Jurist Advances*, 2003, vol. 3, n°1, pp.1 et s. ; A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, op. cit. ; R. IONESCU, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2012 ; D. TRYANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », op. cit., pp.611 et s. ; D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », op. cit., pp.557 et s. ; F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JTDE*, 2003, pp.8 et s. ; D. WAELBROECK, « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges en hommages à J.-V. Louis*, Institut d'Etudes Européennes, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2003, vol. I, pp.595 et s. ; E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix du for en droit international privé », *JDI*, 2007, n°1, pp.27 et s. ; L. VALLÉE et M. AUJEAN, « Libertés communautaires et abus de droit », *DF*, 22 novembre 2007, n°47, p.978 et s. ; S. VRELLIS, « —Aus” et —fraude” dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp.633 et s.

⁹⁰¹ D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », op. cit., p.564.

⁹⁰² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 2 juillet 2009, concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, COM(2009) 313 final, p.16.

l'abus de droit de l'Union se double généralement d'une fraude à la loi nationale, plus précisément d'une éviction de la loi nationale normalement applicable. Ainsi que l'affirme R. IONESCU, « il s'agit d'une fraude au droit national greffée sur une invocation abusive du droit de l'Union européenne »⁹⁰³.

Les deux niveaux, États membres et Union européenne, sont donc concernés. À l'égard des États membres, « ces situations factuelles s'analysent comme une fraude à la loi »⁹⁰⁴, c'est-à-dire comme « une manœuvre destinée à se soustraire du domaine d'application d'une loi donnée pour intégrer le champ d'application d'une autre loi plus satisfaisante »⁹⁰⁵. À l'égard du droit de l'Union européenne, ces situations témoignent d'un abus de droit de l'Union, celui-ci étant utilisé dans un but étranger à sa finalité. C'est pourquoi, « la théorie de l'abus de droit a le mérite de situer la réflexion au niveau du droit communautaire »⁹⁰⁶.

La question posée a donc été de savoir si parmi les buts étrangers à la finalité du droit de l'Union, ou plus précisément parmi les motifs illégitimes caractérisant un abus de droit de l'Union, pouvait figurer la fraude à la loi nationale. En d'autres termes, l'usage du droit de l'Union dans le seul but de contourner une législation nationale plus contraignante est-elle une pratique constitutive d'un abus de droit de l'Union ? La circonstance qu'une personne se mette sciemment dans une situation de fait qui fasse naître en sa faveur un droit découlant de l'ordre juridique de l'Union, afin d'éviter de cette façon l'application d'une certaine réglementation nationale qui lui est défavorable, est-elle en soi un élément suffisant pour entraîner l'inapplicabilité des dispositions européennes pertinentes ? Finalement, les États membres peuvent-ils sanctionner le contournement européen de leurs législations nationales, notamment en matière d'immigration ?

Consciente des risques d'exercices abusifs du droit de l'Union, la Cour de justice n'a eu de cesse de rappeler la possibilité de contrôle dont disposent les États membres

⁹⁰³ R. IONESCU, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, op. cit., p.15.

⁹⁰⁴ G. PARLÉANI, « Prestations de services », *Répertoire Droit communautaire*, Encyclopédie Dalloz, 1997, p.7.

⁹⁰⁵ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *Répertoire international*, Encyclopédie Dalloz, 1998, p.2.

⁹⁰⁶ A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, op. cit., p.218.

(Paragraphe 1). Mais, selon E. CORNUT, si « la consécration d'un principe de lutte anti-contournement ne fait aucun doute, les méthodes et les moyens offerts aux États membres ne sont pas clarifiés »⁹⁰⁷. L'approche de la Cour de justice s'est, en effet, révélée particulièrement prudente et imprécise. Dans des cas de constructions manifestement artificielles mises sur pied pour contourner une législation nationale, elle a généralement fait prévaloir les exigences européennes de liberté de circulation sur le concept de l'abus de droit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La consécration jurisprudentielle d'un principe de lutte anti-contournement

L'espace de liberté, de sécurité et de justice repose sur l'idée de circulation transfrontalière des personnes, donc sur un phénomène de « délocalisation »⁹⁰⁸. L'analyse des hypothèses de contournements dans les développements précédents a mis en exergue que, dans certains cas, la migration d'un citoyen de l'Union dans un autre État membre permet au membre de sa famille ressortissant d'État tiers d'échapper au droit national de l'immigration (de l'État d'origine et/ou d'accueil). Tout comme une entreprise choisirait de se délocaliser dans un autre État membre dont la législation économique est plus attractive, la « délocalisation » d'un citoyen de l'Union n'est pas non plus toujours abusive. Elle est même « le plus souvent, un puissant moteur d'intégration de la Communauté »⁹⁰⁹.

Mais comme n'importe quel droit, le droit de l'Union peut faire l'objet d'une utilisation abusive lorsque le sujet de droit s'en prévaut en manipulant l'élément d'extranéité⁹¹⁰ dans le seul but de soustraire le membre de sa famille ressortissant de pays tiers à l'application du droit national relative à l'immigration plus contraignant.

⁹⁰⁷ E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, p.74.

⁹⁰⁸ M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p.165.

⁹⁰⁹ F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p.8

⁹¹⁰ M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p.165.

Face aux craintes des États membres, la jurisprudence de la Cour a très tôt concédé aux États la possibilité de résister à une utilisation détournée des libertés de circulation par leurs ressortissants dans le but d'éluder le droit interne. Ce principe a été très tôt consacré par la Cour de justice (A) qui a tenté d'en définir les contours (B).

A. Le principe de lutte anti-contournement

La notion d'abus de droit s'est initialement manifestée dès les années 70 en matière de libre prestation des services dans l'arrêt fondateur *Van Binsbergen*⁹¹¹ dans lequel la Cour de justice estime que les règles communautaires ne sauraient priver un État membre de la possibilité de sanctionner un comportement abusif visant à détourner des règles professionnelles en invoquant le droit à la libre prestation de service. Elle exclut du bénéfice des libertés les cas d'abus. Ainsi selon la Cour, un État membre a le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté communautaire soit utilisée en vue de se soustraire abusivement à la législation nationale⁹¹². Concrètement, elle consacre la possibilité pour les autorités étatiques de contrôler si l'exercice de la libre prestation de service garantie par le droit communautaire est instrumentalisé pour se soustraire à une règle nationale⁹¹³.

⁹¹¹ CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, *Rec.*, p.01299 (ci-après «arrêt *Van Binsbergen*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de Y. LOUSSOUARN, « Droit d'établissement », *RTDE*, 1975, p.518 ; Y. LOUSSOUARN, « Droit d'établissement », *RCDIP*, 1975, p.696.

⁹¹² Point 13 de l'arrêt *Van Binsbergen*, aff. 33/74, précité.

⁹¹³ Ce raisonnement sera appliqué pour la première en matière de libre prestation des émissions de radiotélévision dans l'arrêt *tv 10* (CJCE, 5 octobre 1994, 5 octobre 1994, *TV10 SA contre Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec.*, p. I-04795) dans lequel la Cour affirme qu'un État membre peut appliquer toute mesure, fut-elle constitutive d'une entrave à la libre prestation des services, qui « a pour objectif d'empêcher que, à la faveur de l'exercice des libertés garanties par le traité, les organismes qui s'établissent dans un État membre puissent se soustraire abusivement aux obligations découlant de la législation nationale ». Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de C. BOSSOUTROT, « Réglementation des activités d'opérateur - Télévision », *LPA*, 1995, n°29, p.7 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Fraude à la loi - Jurisprudence anticontournement - Préservation du caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel - Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 1995, I 3831 ; M. DE GUILLENCHMIDT et J.-C. BONICHOT, « Contentieux - Renvoi préjudiciel - Libre prestation de services - Législation nationale visant à préserver un réseau de radiodiffusion pluraliste et non commercial », *LPA*, 1995, n°113, p.21 ; L. IDOT, *Europe*, 1994, Décembre, Comm. n° 464, p.12.

Ce principe a ensuite été étendu aux autres libertés de circulations. Dans l'arrêt *Knoors*⁹¹⁴ rendu en 1979, la Cour accepte l'application de la notion d'abus de droit dans le domaine de la liberté d'établissement à propos de l'acquisition d'une formation professionnelle dans un autre État membre en vue d'échapper aux exigences de qualification imposées par le droit de l'État membre dont l'intéressé est le ressortissant. Même si l'acquisition d'une qualification professionnelle dans un autre État membre fait tomber la situation dans le champ d'application du droit communautaire et, confère ainsi à l'intéressé les droits attachés à la libre circulation des personnes et au droit d'établissement, la Cour estime qu'« on ne saurait cependant méconnaître l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle »⁹¹⁵.

Dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs, la Cour de justice sera confrontée pour la première fois à une affaire relative à la conciliation d'une politique nationale d'immigration avec les libertés fondamentales communautaires dans l'arrêt *Singh*⁹¹⁶. Une citoyenne de nationalité britannique mariée à un ressortissant indien s'était établie en Allemagne pour des raisons professionnelles. Trois ans après, ils étaient revenus dans l'État membre d'origine de la femme et ouvrirent un commerce. Suite au prononcé de leur divorce, le titre de séjour de M. Singh ne fut pas renouvelé. Il contesta cette décision en arguant des droits acquis, en vertu du droit communautaire, en tant que conjoint d'un citoyen de l'Union migrant. Dans sa décision, la Cour de justice rappela que si « selon la jurisprudence constante de la Cour (...), les facilités créées par le traité ne sauraient avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des législations nationales et d'interdire aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de tels abus »⁹¹⁷, l'effet utile du droit de l'Union implique qu'il puisse être invoqué à l'égard de son État d'origine.

⁹¹⁴ CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. 115/78, précité. Voir également, CJCE 27 septembre 1989, *C. C. van de Bijl contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, aff. 130/88, *Rec.*, p.03039 ; CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, *Rec.*, 1993, p. I.01663.

⁹¹⁵ Point 25 de l'arrêt *Knoors*, aff. 115/78, précité.

⁹¹⁶ CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, précité.

⁹¹⁷ Point 24 de l'arrêt *Singh*, aff. C-370/90, précité.

À l'issue de cet examen très ramassé de la jurisprudence de la Cour relative à l'abus de droit⁹¹⁸, il ressort que les États membres sont en droit de prendre des mesures pour empêcher que le droit de l'Union ne soit utilisé par leurs ressortissants que dans le seul but d'éluder les normes nationales. Ainsi, que l'affirme A. NOBLET, « il y a en quelque sorte restitution de compétence aux normes internes, pour le motif qu'il faut réprimer des manœuvres illégitimes »⁹¹⁹. Cependant, si la Cour a développé une jurisprudence anti-contournement des règles nationales par l'exercice des libertés européennes, elle n'en définissait ni les critères d'appréciation ni la sanction.

B. Les conditions de la mise en œuvre du principe

Ce n'est qu'à partir de l'arrêt *Centros*⁹²⁰, que la Cour de justice va tenter de construire une position cohérente sur ce sujet et une notion autonome en droit de l'Union européenne. Dans cet arrêt relatif à une situation «européanisée» dans le but exclusif de contourner une législation nationale dans le cadre de la liberté d'établissement, la Cour rappelle le principe selon lequel les États membres peuvent en contrôler l'exercice. Elle ajoute que les autorités nationales doivent « dans l'appréciation d'un tel comportement, prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause »⁹²¹. Ainsi, la Cour limite le pouvoir des États membres à sanctionner le contournement de la législation nationale qui doit céder « lorsque la liberté exercée comme moyen de contournement serait déniée par la remise en cause des droits acquis par cet exercice »⁹²². En somme, en vertu du principe d'autonomie

⁹¹⁸ Pour une analyse plus exhaustive et sectorielle de la jurisprudence de la Cour de justice voir la thèse de R. IONESCU, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, op. cit.

⁹¹⁹ A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, op. cit., p.222

⁹²⁰ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec.*, p. I-01459 (ci-après «arrêt *Centros*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de T. BALLARINO, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes », *RCDIP*, 2003, p.373 ; L. IDOT, *Europe*, 1999, *Mai*, *Comm.* n° 183, p.17 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2000, p.482 ; D. SIMON, *Europe*, 1999, *Mai*, *Comm.* n° 165, p.10.

⁹²¹ Point 25 de l'arrêt *Centros*, aff. C-212/97, précité.

⁹²² E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi- Etude de droit international privé de la famille*, op. cit.,

procédurale, il appartient aux États membres de décider des mesures à prendre en cas d'abus de droit. Toutefois, les mesures doivent être proportionnées et justifiées par le but poursuivi.

La Cour de justice opère ensuite un saut qualitatif dans l'arrêt *Emsland*⁹²³. L'abus de droit fait alors l'objet d'un traitement jurisprudentiel destiné à définir les conditions spécifiques de sa mise en œuvre dans le cadre particulier de l'ordre juridique de l'Union. Si la Cour rappelle le principe de l'autonomie d'appréciation de l'abus de droit par les juridictions nationales dans le respect des objectifs communautaires⁹²⁴, la Cour subordonne toutefois l'existence de l'abus de droit à deux conditions cumulatives. La première condition est constituée par « un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint »⁹²⁵. La deuxième condition est de nature subjective, à savoir « la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention »⁹²⁶.

Il est possible d'affirmer avec E. CORNUT que « la généralité des formules employées dans cette dernière décision fait d'elle une véritable décision de principe ». En effet, « si la Cour ne consacre pas directement et de façon autonome un principe général d'abus de droit communautaire, elle témoigne en tout cas de sa volonté de mainmise sur l'appréciation des États membres »⁹²⁷. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice constitue une grille de lecture à l'intention du juge national, à qui il appartient de sanctionner l'utilisation abusive du droit, et ce « afin qu'une conception uniforme de l'abus de droit communautaire puisse prévaloir dans tous les États membres »⁹²⁸.

p.76

⁹²³ CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, *Rec.*, p. I-11569 (ci-après «arrêt *Emsland*»). Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de D. SIMON, *Europe*, 2001, Février, Comm. n° 52, p.14.

⁹²⁴ Point 54 de l'arrêt *Emsland*, aff. C-110/99, précité.

⁹²⁵ Point 52 de l'arrêt *Emsland*, aff. C-110/99, précité.

⁹²⁶ Point 53 de l'arrêt *Emsland*, aff. C-110/99, précité.

⁹²⁷ E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi- Etude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, p.77. Sur l'émergence d'un principe général du droit, voir D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *op. cit.*, pp.559 et s. ; D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, pp.611 et s.

⁹²⁸ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit

Au regard de cette jurisprudence, les États membres peuvent donc sanctionner les abus de droit de l'Union européenne par une mesure nationale s'ils établissent la preuve que les deux critères de l'abus de droit sont réunis.

Cependant, cette entreprise d'élaboration d'une théorie propre au droit de l'Union européenne s'est révélée par la suite particulièrement délicate à mettre en pratique. En raison de la complexité inhérente au mécanisme de sanction de l'abus de droit, la Cour de justice a, en effet, été particulièrement prudente voire contradictoire quant à l'application de cette grille de lecture. D. SIMON et A. RIGAUX justifient cette circonspection de la Cour en affirmant que « la notion même d'abus de droit a toujours fait l'objet de controverses théoriques acharnées, à la fois quant à ses conditions d'application et quant à sa légitimité même » car « le concept d'abus de droit renvoie à une évaluation métajuridique ». Par conséquent, l'abus de droit comporte « une part irréductible de marge d'appréciation pour l'interprète, et notamment le juge qui est conduit à en faire application »⁹²⁹.

Dans plusieurs décisions postérieures à l'arrêt *Emsland*, la Cour de justice s'est surtout attachée à faire primer les exigences européennes de la libre circulation sur le souci de protéger les États membres contre des pratique de détournement de leur législation en se livrant le plus souvent à l'exercice de la « théorie du bilan »⁹³⁰. Concrètement, selon D. SIMON et A. RIGAUX, « la condamnation de l'abus de droit - qui apparaît comme légitime - ne doit pas se traduire par la remise en cause des libertés garanties par le traité dans le cadre de la réalisation du marché intérieur qui apparaissent comme tout aussi légitimes »⁹³¹. Elle a alors excessivement restreint la possibilité pour les États membres de sanctionner l'abus de droit de l'Union.

de l'Union européenne, 2010, p.251.

⁹²⁹ D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit, *op. cit.*, p.581.

⁹³⁰ *Ibid.*, p.583.

⁹³¹ *Ibid.*

Paragraphe 2. La mise en œuvre limitée du principe européen de lutte anti-contournement

L'arrêt *Akrich*⁹³² est particulièrement révélateur de l'approche du juge de l'Union à l'égard de la notion de l'abus de droit dans le cadre de la liberté de circulation des personnes (A). Cette notion est appréhendée de manière restrictive si bien qu'elle perd de son utilité pour les États membres qui voudraient l'invoquer devant le juge de l'Union (B).

A. Une approche restrictive de la notion révélée dans l'arrêt "Akrich"

Contrairement à l'arrêt *Singh*, le problème du contournement du droit national de l'immigration était clairement posé dans l'affaire *Akrich*. Elle était relative à un citoyen marocain, monsieur Akrich, qui avait été autorisé à entrer sur le territoire du Royaume-Uni. Cependant, il en avait été expulsé plusieurs fois à la suite de différents délits qu'il avait commis. Quelques années plus tard, son séjour étant irrégulier sur le territoire du Royaume-Uni, il s'était marié avec une citoyenne britannique. Après avoir été expulsé vers l'Irlande, il avait demandé un permis d'entrée au Royaume-Uni en tant que conjoint d'une citoyenne de l'Union établie dans cet État. Pour contourner un refus des autorités britanniques, son épouse avait déménagé en Irlande avec l'intention d'y exercer une activité professionnelle et de rentrer au Royaume-Uni après une période déterminée.

L'idée de l'épouse était très simple et avouée au cours de la procédure. Le fait d'avoir occupé un travail effectif dans un autre État membre était uniquement motivé par la volonté de se prévaloir à leur retour du droit de l'Union afin de faire échec à la procédure d'expulsion à l'encontre de son conjoint. Sur le fondement de la jurisprudence *Singh*, le couple avait donc demandé aux autorités britanniques de révoquer l'ordonnance d'expulsion à l'égard de Monsieur Akrich et de lui attribuer un permis d'entrer. Faisant face à des décisions de refus, le couple avait fait un recours devant l'*Immigration Appeal Tribunal* qui avait saisi la Cour de

⁹³² CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, précité.

justice de la question de savoir si, dans une telle situation, l'État membre pouvait interpréter l'intention du couple comme une volonté d'instrumentaliser le droit communautaire afin de contourner l'application de la législation nationale dérangeante.

La Cour a invalidé le raisonnement de l'arrêt *Emsland*. Elle dénie, en effet, toute utilité à la grille de critères consacrée dans cet arrêt. Elle a ainsi suivi en partie l'argumentation de l'avocat général L.A. GEELHOED⁹³³ dont les conclusions méritent l'attention. Il fait part de son malaise quant à l'inapplicabilité de la législation nationale sur l'immigration⁹³⁴ et remet en cause la pertinence des critères classiques de l'abus de droit dont l'application à un cas concret se révèle difficile.

D'une part, il considère que la première condition de reconnaissance de l'abus de droit qu'est le critère objectif est à oublier car inefficace. Il est, en effet, rarement démontrable par les États membres parce que les différentes conditions d'application de la directive 2004/38/CE ne sont pas difficiles à remplir. À titre d'illustration, la durée minimale pour le séjour dans un autre État membre ou encore les conditions de travail effectif peuvent être facilement remplies pour le citoyen de l'Union migrant. L'intérêt des États membres à prévenir les abus est dès lors très limité.

Ensuite, il considère que le critère subjectif n'est pas efficace et doit être également écarté. Les intentions ne peuvent pas être contrôlées parce qu'elles sont dénuées de pertinence. Ce qui est susceptible d'encourager un travailleur à chercher un emploi dans un autre État peut être la carrière, mais aussi le climat ou le fait d'habiter à proximité de sa famille⁹³⁵.

Enfin, citant l'arrêt *Centros*, il rappelle que la lutte contre l'abus de droit ne peut entraîner des restrictions à l'application du droit communautaire que dans la mesure où les restrictions n'ont aucun rapport avec « un élément inhérent » à l'exercice d'une liberté garantie par le traité⁹³⁶. En d'autres termes, la lutte contre l'abus de droit ne peut avoir pour

⁹³³ Conclusions de l'avocat général L. A. GEELHOED présentées le 27 février 2003 dans l'affaire CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/01.

⁹³⁴ *Ibid*, point 130.

⁹³⁵ *Ibid*, point 103.

⁹³⁶ *Ibid*, point 100.

effet de restreindre une des libertés fondamentales garanties par le traité. La mise en œuvre d'une mesure nationale ne doit donc pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres.

Il précise que « l'établissement de M. et M^{me} Akrich en Irlande doit être considéré comme un recours au droit communautaire pour une fin que le législateur communautaire n'avait certes pas envisagée, mais qui est cependant inhérente au droit communautaire. Le législateur communautaire n'a pas eu l'intention de créer un droit pouvant être utilisé pour contourner la législation nationale sur l'immigration, mais il a néanmoins institué le droit pour un ressortissant d'un État membre de s'établir dans un autre État membre avec son conjoint. Cet établissement dans cet autre État membre est le cœur de la liberté que le droit communautaire accorde aux ressortissants de l'Union »⁹³⁷. Il conclut que « l'établissement d'un travailleur dans un autre État membre en vue de bénéficier d'un régime juridique plus favorable ne constitue pas, de par sa nature, un exercice abusif du droit communautaire »⁹³⁸. Cette règle doit également être appliquée dans le cas de retour du travailleur communautaire dans son propre État membre. En d'autres termes, serait inhérent à la libre circulation la recherche du régime juridique plus favorable.

La Cour a confirmé les conclusions de l'avocat général sans toutefois reprendre le critère de l'efficacité de la loi nationale qu'il proposait. Elle a affirmé qu'« il y a lieu de rappeler que les intentions qui ont pu inciter un travailleur d'un État membre à chercher du travail dans un autre État membre sont indifférentes en ce qui concerne son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de ce dernier État, du moment où il exerce ou souhaite exercer une activité réelle et effective »⁹³⁹. Elle a précisé que « de telles intentions ne sont pas d'avantage pertinentes pour apprécier la situation du couple au moment du retour dans l'État membre dont le travailleur est ressortissant »⁹⁴⁰. Concrètement, les mobiles sont sans pertinence dès lors qu'une activité réelle a été exercée dans un autre État membre. Même si la libre circulation n'est pas « honnête »⁹⁴¹, la Cour a cependant fait preuve de compréhension et s'est

⁹³⁷ *Ibid*, point 180.

⁹³⁸ *Ibid*, points 180 et 181.

⁹³⁹ Point 55 de l'arrêt *Akrich*, aff. C-109/01, précité.

⁹⁴⁰ Point 56 de l'arrêt *Akrich*, aff. C-109/01, précité.

⁹⁴¹ C. DUCOULOUX-FAVARD, « Fraude et droit d'établissement dans l'Union européenne », *LPA*, 12 novembre 1999, n°226, p.11.

seulement assuré du respect de ce qui est inhérent à la libre circulation. Il ressort de cette jurisprudence que la notion d'abus de droit n'est pas utile pour les États membres.

B. L'absence d'utilité de la notion d'abus de droit pour les États membres

De l'étude des différents arrêts abordant la question de l'abus de droit, il est possible d'affirmer que la Cour de justice fait primer la situation de droit sur la situation de fait tant que la finalité et les objectifs du droit de l'Union ne sont pas dénaturés. R. PLENDER analyse cette jurisprudence comme étant « une restriction considérable de la notion d'abus »⁹⁴² du droit de l'Union dès lors que la Cour ne reconnaît aucune situation dans laquelle les États membres peuvent sanctionner les abus de droit de l'Union, créés par les citoyens de l'Union cherchant à éviter l'application du droit national de l'immigration à la situation de leur conjoint ressortissant d'État tiers⁹⁴³. Plus critique, L. IDOT regrette cette solution jurisprudentielle en affirmant que la situation de fraude « est bien connue des spécialistes de droit international privé et a donné lieu à des études approfondies (...) mais cette matière est décidemment ignorée des juges communautaires qui négligent son apport conceptuel »⁹⁴⁴.

Cette décision est particulièrement révélatrice des limites de la jurisprudence anti-contournement. Et, elle n'a pas été contrariée par la suite. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Chen*⁹⁴⁵, dans lequel la question de l'abus de droit s'était également posée, l'avocat général A. TIZZANO est encore plus circonspect vis-à-vis de cette notion d'abus de droit de l'Union. Il explique que « le système des rapports entre le droit communautaire et les droits des États membres, tel qu'il a été dessiné désormais par plusieurs décennies de jurisprudence de la Cour, implique nécessairement que l'abus d'un droit conféré par le traité ne puisse avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles, parce que le fait que l'application d'une disposition nationale soit exclue au motif qu'un droit conféré par l'ordre communautaire est

⁹⁴² R. PLENDER, « Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire *Akrich* », *CDE*, 2004, n°1-2, p.283.

⁹⁴³ La Cour semble considérer que l'abus de droit comprend la fraude à la loi sans les différencier.

⁹⁴⁴ L. IDOT, *Europe*, nov. 2003, n°353.

⁹⁴⁵ CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, précité.

invoqué constitue la conséquence normale du principe de primauté du droit communautaire »⁹⁴⁶. Il conclut en affirmant qu'« il faut établir si l'intéressé, en invoquant la disposition communautaire qui attribue le droit en question, en trahit l'esprit et la portée » et que « le critère de référence est donc, essentiellement, s'il existe ou non une dénaturation des finalités et des objectifs de la disposition communautaire attribuant le droit en question »⁹⁴⁷. C'est ainsi qu'à propos de la situation européanisée par Madame Chen, par la naissance de son enfant en Irlande du nord, dans le seul but de régulariser son séjour sur le territoire de l'Union, il conclut à l'absence d'abus de droit dès lors qu'il n'y a pas de « dénaturation des finalités et des objectifs de la disposition communautaire attribuant le droit en question »⁹⁴⁸.

La Cour a confirmé les conclusions de l'avocat général en étant tout autant expéditive que dans l'arrêt *Akrich* en affirmant que : « Les objectifs poursuivis par ces dispositions communautaires ne seraient pas atteints dans le cas où un ressortissant d'un État tiers souhaitant séjourner dans un État membre, sans toutefois circuler ou souhaiter circuler d'un État membre à l'autre, s'organise pour donner naissance à un enfant dans une partie du territoire de l'État membre d'accueil où un autre État membre applique ses règles d'acquisition de la nationalité fondées sur le droit du sol »⁹⁴⁹.

Pourtant, les faits à l'origine de l'arrêt *Chen* interrogent. Les conséquences de cette jurisprudence ne sont pas négligeables puisqu'elle rend les États membres appliquant le *jus soli* attractifs pour les ressortissants d'États tiers souhaitant entrer et séjourner sur le territoire de l'Union. La seule naissance d'un enfant sur le territoire de l'un de ces États membres permet, après avoir migré dans un autre État membre, d'obtenir un droit de séjour dérivé de leur enfant, citoyen de l'Union. Le lien de nationalité factice, sans effectivité, suffit à rattacher la situation de l'enfant au droit de l'Union. Plus encore, même sans migrer dans un autre État membre, le ressortissant d'État tiers, parent d'un enfant citoyen de l'Union, bénéficie selon la jurisprudence *Zambrano*, des facilités d'entrée et de séjour consacrées par le droit de l'Union. Ces deux arrêts créent ainsi une forme de concurrence entre les droits des États membres en

⁹⁴⁶ Conclusions de l'avocat général A. TIZZANO présentées le 18 mai 2004 dans l'affaire CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Dep.*, aff. C-200/02, point 112.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, points 114 et 115.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, point 115.

⁹⁴⁹ Point 34 de l'arrêt *Akrich*, aff. C-109/01, précité.

favorisant le *baby shopping*.

Dans tous les cas, le contournement des législations nationales de l'immigration autorisé par le recours au droit de l'Union est la conséquence de l'absence d'alignement des législations nationales relatives au droit au regroupement familial des nationaux sur celle relative au droit au regroupement familial des citoyens de l'Union migrants consacrée par la directive 2004/38/CE.

Concrètement, c'est la mise en concurrence potentielle des normes nationales et de l'Union qui est à l'origine de ces situations. La raison essentielle de la création de ces hypothèses de contournement du droit national afin d'aller « vers les cieux législatifs les plus cléments »⁹⁵⁰ est donc tout simplement le caractère restreint du domaine spatial du régime de la libre circulation qui se désintéresse, en principe, des situations purement internes et par voie de conséquence des discriminations à rebours.

Le remède le plus efficace reviendrait à étendre le régime de la libre circulation aux situations purement internes ce qui priverait d'intérêt l'extranéité artificielle. Cependant, repenser les conditions du rattachement européen demeure pour le moment de la pure prospective tant cela entraînerait un « dynamitage »⁹⁵¹ des législations nationales. Une autre solution pourrait passer par une harmonisation négociée au niveau de l'Union uniquement sur les conditions du regroupement familial qui seraient équivalentes que le citoyen de l'Union soit sédentaire ou migrant. Cependant, une telle politique consisterait à revoir à la hausse, pour la majorité des législations nationales, les critères du droit au regroupement familial des nationaux. Or, en l'état actuel, les États membres restreignent de plus en plus cette voie d'immigration légale. Seule la Belgique avait anticipé ces situations en alignant sa législation relative au droit au regroupement familial des belges sur la directive 2004/38/CE, ce qui avait pour conséquence de condamner toute discrimination à rebours, avant de revenir dessus en 2011⁹⁵².

⁹⁵⁰ A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, op. cit., p.338.

⁹⁵¹ Selon l'expression de H. CLARET, « Quelques remarques sur le champ d'application du droit communautaire (à propos du principe de liberté de circulation des marchandises et des –situations purement internes–) », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p.120.

⁹⁵² Loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement

Une autre alternative consisterait pour les États membres à déjouer les contournements européens de leurs droits internes en supprimant les possibilités de création de telles situations. Seulement, cette voie est particulièrement surnoise dans la mesure où elle n'a pas pour seul effet de limiter ces cas particulièrement marginaux. Elle est, au contraire, un prétexte à durcir les législations nationales qui sont liées à l'immigration, notamment celles relatives au mariage et à l'accès à la nationalité.

C'est cette seconde voie qui a d'ailleurs été privilégiée par les États membres. Cette tentative de reprise en main Étatique, conséquence de la concurrence normative verticale, est alors de nature à favoriser une harmonisation spontanée des législations nationales dans ces domaines mais dans un sens très restrictif pour les étrangers.

et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial, *Moniteur belge*, 12 septembre 2011, p.58915. Pour la situation avant 2011, voir notamment : *Colloque sur la Loi du 15 janvier 1980 : 15 ans après*, *Rev. dr. étr.*, 1996, n°90.

SECTION 2. LA PERSPECTIVE NATIONALE : LA PRÉVENTION NORMATIVE DU CONTOURNEMENT EUROPÉEN DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS

Les États membres peuvent déjouer le contournement européen de leurs législations nationales relatives à l'immigration. D'une part, ils peuvent tout simplement empêcher que le lien familial entre un citoyen de l'Union et un ressortissant de pays tiers puisse se former et éviter ainsi d'être tenus par le droit de l'Union de régulariser la situation de ce dernier sur leur territoire. D'autre part, ils peuvent restreindre les conditions d'attribution de leur nationalité pour contrecarrer le phénomène du *baby shopping*. De la sorte, les États membres peuvent recouvrer une capacité de contrôle en maîtrisant l'accès aux catégories juridiques européennes d'étrangers plus favorables.

Comme le rappelle très justement l'avocate générale E. SHARPSTON dans ses conclusions relatives à l'affaire *Zambrano*, « si des règles particulières concernant l'acquisition de sa nationalité sont -ou paraissent être- susceptibles de conduire à des résultats -ingérables», il est loisible à l'État membre concerné de les modifier pour régler le problème »⁹⁵³. De même, la directive 2004/38/CE autorise les États à « adopter les mesures nécessaires pour se préserver de l'abus de droit ou de la fraude, en particulier des mariages blancs ou de toute autre forme d'unions contractées uniquement en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour »⁹⁵⁴.

Les récentes modifications de certaines législations nationales confirment d'ailleurs l'« enclenchement d'une spirale qui conduirait l'autorité publique [nationale] à toujours plus de rigidité »⁹⁵⁵, autrement dit « un retour excessif au protectionnisme national »⁹⁵⁶. C'est ce qu'ont entrepris certains États membres, comme l'Irlande et la Belgique, en modifiant leurs

⁹⁵³ Conclusions de l'avocate générale E. SHARPSTON présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, point 114.

⁹⁵⁴ Considérant 28 de la directive 2004/38/CE, précitée.

⁹⁵⁵ S. BARBOU DES PLACES, « Les étrangers -saisis» par le droit. Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *op. cit.*, p.14.

⁹⁵⁶ J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne. Chronique de jurisprudence (1^{er} janvier- 31 décembre 2008) », *JTDE*, 2009, p.79.

codes de la nationalité afin de restreindre l'accès à leur nationalité, et par conséquent l'accès à la qualité d'enfant citoyen de l'Union de parents ressortissants de pays tiers (Paragraphe 1). D'autre part, si les États membres sont tenus par la définition européenne des membres de la famille que pose la directive 2004/38/CE, ils peuvent toutefois maîtriser l'accès à la catégorie européenne de membre de la famille, plus particulièrement celle de conjoint, ressortissant de pays tiers, d'un citoyen de l'Union, en resserrant les conditions de validité du mariage (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La modification des règles nationales régissant l'accès à la catégorie de citoyen de l'Union

C'est parce qu'un ressortissant a la qualité de citoyen de l'Union que l'admission du ressortissant d'État tiers membre de sa famille peut potentiellement être facilitée sur le territoire national. C'est ainsi que dans les affaires *Chen*⁹⁵⁷ et *Zambrano*⁹⁵⁸, grâce à l'acquisition de la nationalité d'un État membre de leur enfant, des parents ressortissants d'États tiers ont pu obtenir un droit de séjour dérivé sur le territoire de l'Union.

Or, la catégorie de citoyen de l'Union est définie par un critère relevant de la compétence exclusive des États membres : la nationalité⁹⁵⁹. La Déclaration n°2 annexée au Traité de Maastricht précise, en effet, que chaque fois que le traité « fait référence aux ressortissants des États membres, la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné »⁹⁶⁰ et selon une jurisprudence constante, « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la

⁹⁵⁷ CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

⁹⁵⁸ CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, précité.

⁹⁵⁹ Sur la compétence des États en matière de nationalité, voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

⁹⁶⁰ Déclaration n°2 relative à la nationalité d'un État membre, jointe par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne, JO C 191, p.98.

compétence de chaque État membre »⁹⁶¹.

Ce critère national d'attribution d'une qualité européenne peut par conséquent être modifié dans son mode d'attribution par les États membres sans qu'aucune limite ne soit imposée par l'Union européenne. Comme le révèle L. AZOULAÏ, « en exerçant leur droit d'attribution de leur nationalité, les États membres doivent en supporter les conséquences, également au regard du droit de l'Union qui confère une dimension supplémentaire à cette nationalité, à savoir le statut de citoyen de l'Union. Il est clair que cette dimension implique désormais une responsabilité partagée, dans la mesure où l'attribution de la nationalité engendre des droits que les nationaux peuvent faire valoir dans d'autres États membres de l'Union »⁹⁶². Concrètement, ce sont les États membres eux-mêmes qui créent les conditions permettant le contournement européen de leur droit de l'immigration. Renvoyés à leur propre responsabilité par la Cour de justice, certains États membres ont, par conséquent, modifié les règles relatives à l'attribution de la nationalité (A) et à la naturalisation (B) afin de limiter les possibles contournements européens de leurs législations en matière d'immigration.

A. Le remaniement des règles relatives à l'attribution de la nationalité

Traditionnellement, les codes de la nationalité déterminent les conditions de rattachement d'un individu à un État en combinant, de manière souveraine, deux principes fondamentaux : le lien de filiation (*jus sanguinis*) et la naissance sur le territoire d'un État (*jus soli*).

L'Irlande constituait l'exemple type de l'application privilégiée du second principe. Cependant, cet État membre a modifié son code de la nationalité afin de répondre au défi migratoire et, plus particulièrement, pour se prémunir de situations comparables à celle qui

⁹⁶¹ Voir, par exemple, CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, précité, point 10.

⁹⁶² L. AZOULAÏ, « Marges de la citoyenneté européenne. Obligations Étatiques, équité transnationale, Euro-Bonds », *op. cit.*, p.97.

faisait l'objet de l'arrêt *Chen*⁹⁶³. La révision de la Constitution de 1937⁹⁶⁴, adoptée par référendum le 11 juin 2004, a permis au législateur de modifier l'article 2 de la Constitution qui disposait que toute personne née sur l'île d'Irlande bénéficiait automatiquement de la nationalité irlandaise en vertu du Good Friday Agreement de 1999.

Si l'arrêt *Chen* n'avait pas encore été rendu lors du référendum, les conclusions de l'avocat général A. TIZZANO, rendues un mois avant le référendum, ont été tout de même exploitées dans l'argumentaire du Gouvernement. Désormais, le Irish Nationality and Citizenship Act de 2004⁹⁶⁵ subordonne la nationalité de l'enfant à ce que l'un des parents de cette personne ait, au cours d'une période de 4 ans précédant immédiatement sa naissance, été résident sur l'île d'Irlande pour une période au moins équivalente à 3 ans ou pour des périodes dont la durée cumulée n'est pas inférieure à 3 ans. Désormais, un enfant né en Irlande ne peut plus prétendre à acquérir automatiquement la nationalité de cet État.

Cependant, à la suite de cette réforme, s'est posée la question des enfants nés en Irlande avant l'entrée en vigueur de la révision le 1^{er} juin 2005. Les parents, ressortissants de pays tiers, n'ayant pas encore acquis un droit de séjour devaient-ils être expulsés s'ils ne répondaient pas aux nouvelles conditions de résidence ? Pour y répondre, les autorités irlandaises ont lancé un programme⁹⁶⁶ afin d'examiner la situation des parents non-irlandais d'enfants irlandais nés avant le 1^{er} janvier 2005⁹⁶⁷. En vertu de ce programme, un certain nombre de ces parents ont reçu un permis de séjour pour une durée initiale de deux ans, prorogé de trois ans en 2007, sous certaines conditions. En 2010, ils pouvaient enfin présenter une demande de renouvellement de trois ans en plus.

Certains parents non-nationaux d'enfants citoyens irlandais à qui avait été refusée l'autorisation de demeurer sous le régime IBC/05 ont tenté de contester cette décision sur le fondement de droits constitutionnels irlandais et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au respect de la vie familial. La Haute Cour irlandaise, dans la

⁹⁶³ CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, précité.

⁹⁶⁴ Constitution du 1^{er} juillet 1937 adoptée par référendum et entrée en vigueur le 29 décembre de la même année.

⁹⁶⁵ Irish Nationality and Citizenship Act 2004, n°38 of 2004.

⁹⁶⁶ Programme Irish Born Child 2005.

⁹⁶⁷ Troisième rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance adopté le 15 décembre 2006 CRI(2007)24.

décision *Bode c/ Ministre de la justice, de l'égalité et de la réforme du droit*⁹⁶⁸, a déclaré que, au minimum, le ministre de la justice devait examiner les droits de l'enfant citoyen irlandais, en particulier son droit d'être élevé et éduqué dans l'État de sa naissance. Toutefois, la Cour suprême irlandaise a renversé cette décision. Elle a déclaré que le régime IBC/05 relevait simplement d'une compétence discrétionnaire du ministre et que les questions des droits constitutionnels et des droits de la Convention européenne des droits de l'Homme n'entraient pas en jeu excepté et en cas de mesures d'expulsion.

Cependant, ces affaires ont pris une tournure différente à la suite de l'arrêt *Zambrano*⁹⁶⁹. Pour le droit irlandais, l'impact de cette décision de la Cour de justice n'est pas sans conséquences. C'est pourquoi, le ministre de la justice irlandais A. SHATTER a rapidement annoncé une révision immédiate de tous les cas exceptionnels de parents non-ressortissants de l'Union européenne d'enfants citoyens irlandais déjà expulsés ou en cours d'examen ou en suspens devant les tribunaux⁹⁷⁰, afin de se conformer à la solution de la Cour de justice.

Dans le même sens, l'accès à la nationalité belge a été réformé pour répondre aux faits de l'affaire *Zambrano*⁹⁷¹. La nationalité belge n'est plus automatiquement attribuée aux enfants apatrides. L'article 10 du code de la nationalité a été complété. À la phrase « est Belge, l'enfant né en Belgique et qui, à un moment quelconque avant l'âge de dix-huit ans (...) serait apatride s'il n'avait cette nationalité », a été ajoutée la phrase suivante : « toutefois, l'alinéa 1er ne s'appliquera pas si l'enfant peut obtenir une autre nationalité moyennant l'accomplissement par son ou ses représentants légaux d'une démarche administrative auprès des autorités diplomatiques ou consulaires du pays de ses auteurs ou de l'un de ceux-ci ». En l'occurrence, dans l'affaire *Zambrano*, les parents, colombiens, n'avaient pas fait les démarches afin que leurs enfants obtiennent la nationalité colombienne. Selon l'article 11 de ce même code, les parents peuvent faire une demande avant que l'enfant ait l'âge de 12 ans

⁹⁶⁸ (2007)IESC 62 ; 485/2006. 20 décembre 2007.

⁹⁶⁹ CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, précité.

⁹⁷⁰ <http://www.merrionstreet.ie/index.php/2011/03/statement-by-minister-for-justice-equality-and-defence-mr-alan-shatter-td-on-the-implications-of-the-recent-ruling-of-the-court-of-justice-of-the-european-union-in-the-case-of-ruiz-zambrano/>

⁹⁷¹ Loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration, *Moniteur belge*, 14 décembre 2012, p. 79998.

réclamant pour lui l'attribution de la nationalité belge. Ils doivent cependant avoir eu leur résidence principale en Belgique durant les 10 années précédant la déclaration et au moins un d'entre eux doit avoir un droit au séjour illimité en Belgique. En outre, l'enfant doit y avoir eu sa résidence depuis sa naissance. Or, dans l'affaire *Zambrano*, les parents séjournaient de manière irrégulière. Cette nouvelle réglementation empêchera que des situations similaires puissent se reproduire.

Ces deux exemples mettant en lumière deux États membres résistant à la jurisprudence de la Cour de justice prouvent que, incidemment, le droit de l'Union crée une forme d'harmonisation spontanée des droits de la nationalité. La plupart des États membres font désormais coexister les deux critères classiques que sont le *jus sanguinis* et le *jus soli*. L'Allemagne qui retenait traditionnellement le premier a introduit en 1999 une dose de *jus soli* en prévoyant que les enfants de parents étrangers peuvent obtenir à la naissance la nationalité allemande si au moment de sa naissance l'un des deux parents réside légalement et de façon habituelle dans cet État depuis au moins huit ans et dispose d'un droit de séjour permanent ou possède depuis au moins trois mois un permis de séjour à durée indéterminée. Si l'enfant acquiert également la nationalité de ses parents, à sa majorité jusqu'à vingt trois ans, il doit choisir une des deux nationalités⁹⁷².

Pour conclure, face à la contrainte européenne, plus les États membres décideront d'une convergence des législations, « moins le droit européen pourra s'engouffrer dans les brèches »⁹⁷³. Ce mouvement harmonisateur qui est le fait des États membres se vérifie également à propos de la naturalisation.

⁹⁷² Loi sur la nationalité du 22 juillet 1913 modifiée par la loi du 5 février 1999. Voir, B. SCHMID, « L'Allemagne instille du droit du sol », *Plein Droit*, n°49, avril 2001.

⁹⁷³ N. RUBIO, « Les droits dérivés des membres de la famille, de nationalité d'un État tiers, du citoyen de l'Union européenne », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.240.

B. Le remaniement des règles relatives à la naturalisation

Les États membres peuvent également limiter l'accès à la catégorie de citoyen de l'Union par le biais de réformes des procédures de naturalisation. Les États membres sont, en effet, conscients qu'ils partagent une responsabilité commune sur ce point. C'est ainsi que L. AZOULAÏ explique qu'« une vague de naturalisation massive opérée par un État membre aurait, par le biais de l'acquisition incidente de la citoyenneté européenne, des répercussions potentielles sur tout le territoire de l'Union »⁹⁷⁴.

La naturalisation demeure une compétence discrétionnaire des États membres. Les droits diffèrent ainsi selon les intérêts de chaque État. L'intérêt des États peut être simplement démographique lorsque certains d'entre eux peuvent décider de faciliter la naturalisation afin d'augmenter le nombre de leurs nationaux ou agir dans le sens contraire. L'intérêt des États peut également prendre la forme d'une volonté d'intégration des immigrés qui résident depuis un certain temps et légalement sur leur territoire. La politique libérale d'un État membre vis-à-vis de la naturalisation des ressortissants de pays tiers peut avoir des conséquences pour les autres États membres puisque devenus citoyens de l'Union, ils bénéficient de la libre circulation sur tout le territoire de l'Union européenne. Un rapprochement des législations des États membres est cependant à l'œuvre⁹⁷⁵.

Certains États membres distinguent désormais la procédure de naturalisation des ressortissants européens et des ressortissants d'États tiers. En Italie, par exemple, la naturalisation est facilitée pour les ressortissants européens. En principe, pour les étrangers, elle est possible après 10 ans de résidence régulière dans l'État d'accueil. Cependant, elle est réduite à 4 ans pour les ressortissants européens. De manière parallèle, les conditions d'octroi de la naturalisation ont été progressivement durcies⁹⁷⁶. En revanche, le Royaume-Uni ne distingue pas la procédure selon que le ressortissant soit européen ou non. Dans les deux cas, cet État permet l'acquisition de la nationalité britannique aux étrangers de plus de dix-huit ans

⁹⁷⁴ L. AZOULAÏ, « Marges de la citoyenneté européenne. Obligations Étatiques, équité transnationale, Euro-Bonds », *op. cit.*, p.97.

⁹⁷⁵ Voir l'étude de l'OCDE, *La naturalisation : un passeport pour une meilleure intégration des immigrés ?*, éditions OCDE, 2011. Les références législatives ci-dessous sont issues de cette étude.

⁹⁷⁶ Loi sur la nationalité n°91, 5 février 1992 modifiée L. n°94/09, 15 juillet 2009.

vivant sur le territoire national depuis au moins cinq ans ou trois ans pour une personne mariée à un Britannique. La plupart des États membres accordent la naturalisation aux étrangers mariés à un national et résidant sur le territoire depuis trois ans. C'est le cas par exemple de la Belgique⁹⁷⁷, l'Italie⁹⁷⁸, l'Allemagne⁹⁷⁹ ou encore du Portugal⁹⁸⁰.

Des différences importantes persistent encore entre les États membres sur les conditions exigées telles que la durée de résidence, le maintien ou non de la nationalité antérieure. Sur ce dernier point, seuls l'Allemagne, l'Autriche⁹⁸¹, Chypre⁹⁸², les Pays-Bas⁹⁸³ et le Portugal le posent comme condition. De même, l'autorité qui octroie la naturalisation n'est pas la même selon l'État membre. En Bulgarie⁹⁸⁴, en France⁹⁸⁵, en Lituanie⁹⁸⁶, en Pologne⁹⁸⁷ et aux Pays-Bas, il s'agit d'une compétence du chef de l'État. En Autriche et en Lettonie⁹⁸⁸, c'est le Gouvernement qui accorde la naturalisation alors qu'en Espagne⁹⁸⁹, en Grèce⁹⁹⁰, en Irlande⁹⁹¹, en Italie et au Portugal, un ministre seul en a la compétence. Il peut s'agir également de la direction du service ou de l'office de l'immigration. C'est le cas par exemple en Finlande⁹⁹² et en Suède⁹⁹³. Enfin, la naturalisation peut intervenir, comme en Belgique, par le biais d'une loi votée au Parlement.

En revanche, la preuve de l'intégration de l'étranger dans l'État membre d'accueil est de plus en plus demandée. Ce «test d'intégration» est désormais consacré dans dix-huit États membres. Seuls l'Irlande, la Belgique, la Suède, la Pologne et l'Italie ne prévoient pas cette condition. Dans tous les États qui l'imposent, elle repose sur la connaissance suffisante de la

⁹⁷⁷ Code de la nationalité belge, L. 28 juin 1984, modifiée L. 4 décembre 2012.

⁹⁷⁸ Loi sur la nationalité n°91, 5 février 1992, modifiée L. n°94/09, 15 juillet 2009.

⁹⁷⁹ Loi sur la nationalité, 22 juillet 1913, modifiée L. 5 février 1999.

⁹⁸⁰ Loi sur la nationalité n°37/81, 3 octobre 1981, modifiée L. 2/2006, 16 février 2006.

⁹⁸¹ Loi sur la nationalité 1985 modifiée L. 22 mars 2006.

⁹⁸² Loi sur la nationalité n°43, 1967 modifiée en 2001.

⁹⁸³ Loi du 19 décembre 1984 sur la nationalité modifiée L. 17 juin 2010.

⁹⁸⁴ Lois sur la nationalité n°136, 1998 modifiée L. 30 avril 2010.

⁹⁸⁵ Code civil (article 17 à 33-2) modifiée en 1973 et L. 20 novembre 2007.

⁹⁸⁶ Loi sur la nationalité IX-1078, 17 septembre 2002, modifiée L. 15 juillet 2008.

⁹⁸⁷ Loi sur la nationalité 15 février 1962 modifiée L. 20 juillet 2007 et 4 avril 2010.

⁹⁸⁸ Loi sur la nationalité 1994 modifiée L. X-1709, 22 juin 1998.

⁹⁸⁹ Code civil (article 17 à 26) modifié L. 36/2002, 8 octobre 2002.

⁹⁹⁰ Code de la nationalité L. 3284/2004, 10 novembre 2004 modifiée en 2010.

⁹⁹¹ Loi sur la nationalité et la citoyenneté, 1956 modifiée L. n°38, 15 décembre 2004.

⁹⁹² Loi sur la nationalité n°359/2003, 16 mai 2003 modifiée L. 327/2009, 8 mai 2009.

⁹⁹³ Lois sur la nationalité 10 mai 2001 modifiée 30 mars 2006.

langue et, à l'exception de la Bulgarie, la Finlande, la République Tchèque⁹⁹⁴, le Portugal et la Slovaquie⁹⁹⁵, la connaissance de l'histoire et de la culture du pays est également exigée. Par exemple, avant 2006, seule l'Autriche demandait systématiquement à ses futurs nationaux de répondre à des questions sur l'histoire et les institutions du pays, en plus de la connaissance linguistique. Depuis 2006, le Royaume-Uni demande aux candidats à la nationalité britannique soit de suivre des cours d'anglais soit de passer un test de 24 questions sur les institutions, les traditions, les droits de l'homme. Cette même année, le Danemark⁹⁹⁶ a relevé le niveau linguistique exigé auparavant et ajoute une épreuve écrite d'une heure comportant 35 questions sur la société danoise, sa culture, son histoire. En mars 2007, l'Allemagne a décidé de demander aux candidats à la naturalisation de prouver leurs connaissances de l'ordre social et juridique du pays. De même, un test d'intégration ou test de la citoyenneté est également applicable en France⁹⁹⁷. Une tendance à l'harmonisation spontanée des règles nationales est donc à l'œuvre.

En restreignant progressivement l'accès à la catégorie de citoyen de l'Union, les États membres limitent dans le même temps le nombre de ressortissants d'États tiers pouvant bénéficier de manière dérivée d'un droit d'entrée et/ou de séjour dérivé du citoyen de l'Union ou être naturalisé. Constat est alors fait que l'adaptation des États membres aux conséquences de la concurrence juridique verticale favorise une harmonisation spontanée des droits nationaux concernant les règles relatives à l'acquisition de la nationalité. Seulement, elle n'est pas favorable aux ressortissants d'États tiers.

Cette tendance critiquable au «verrouillage» de l'accès à la catégorie de citoyen de l'Union est également perceptible en ce qui concerne l'accès à la catégorie européenne de membre de la famille d'un citoyen de l'Union. Plus particulièrement, les États membres renforcent les conditions de validité des mariages entre un citoyen de l'Union et un étranger

⁹⁹⁴ Loi sur la nationalité n°40-1993, 29 décembre 1992 modifiée L. n°357/2003, 23 septembre 2003.

⁹⁹⁵ Loi sur la nationalité n°1/1991, 5 juin 1991 modifiée L. n°127/2006, 24 novembre 2006.

⁹⁹⁶ Loi n°252, 27 mai 1950 consolidée L n°422, 7 juin 2004.

⁹⁹⁷ Loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, JO n°139 du 17 juin 2011, p.10290. L'article 2 modifie les dispositions de l'article 21-24 du code civil en vue de faire de l'adhésion aux droits et devoirs du citoyen français, et non plus de leur seule connaissance, un élément d'appréciation de l'assimilation du postulant à l'acquisition de la nationalité française. Cette adhésion sera formalisée, au cours d'un entretien visant à vérifier l'assimilation du candidat à la naturalisation conduit par un agent de l'État, par la signature du postulant de la charte des droits et devoirs du citoyen.

tiers à l'Union et privilégient de plus en plus un contrôle a priori de ces conditions. Il en ressort une tendance des États membres à multiplier les mesures préventives, voire répressives à l'encontre de ces unions qui sont désormais stigmatisées.

Paragraphe 2. La modification des règles nationales régissant l'accès à la catégorie de membre de la famille d'un citoyen de l'Union

Dans l'affaire *Metock*⁹⁹⁸, le ressortissant d'État tiers était entré et séjournait de manière irrégulière dans l'État membre d'accueil avant de se marier avec une citoyenne de l'Union migrante. La Cour de justice avait considéré que la date du mariage n'avait pas d'incidence négative sur le bénéfice du droit de séjour conféré par la directive 2004/38/CE. Elle avait alors confirmé la solution amorcée sous l'empire des textes antérieurs à la directive 2004/38/CE dans l'arrêt *MRAX*⁹⁹⁹ dans lequel elle considérait qu'un État membre ne pouvait, sans méconnaître le droit de séjour reconnu aux travailleurs européens et aux membres de leur famille par le droit communautaire dérivé, refuser de délivrer un titre de séjour au ressortissant d'État tiers qui se serait marié avec un travailleur européen dans le pays d'accueil après y être entré illégalement.

Le mariage avec un citoyen de l'Union migrant permet donc incidemment la régularisation du séjour du ressortissant d'État tiers. Cependant, la conséquence inévitable de cette solution jurisprudentielle est la tentation des États membres de limiter indirectement cette forme de régularisation imposée par l'Union européenne en resserrant les conditions de validité des mariages entre des citoyens de l'Union et les ressortissants des États tiers. À ce titre, A. JAUME constate que « inévitablement, le rôle de l'État s'en trouve déplacé vers un contrôle de la réalité du mariage »¹⁰⁰⁰ (A) ce qui est contestable notamment au regard du droit au mariage consacré à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

⁹⁹⁸ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, précité.

⁹⁹⁹ CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX*, aff. C-459/99, précité.

¹⁰⁰⁰ A. JAUME, « Arrêt *Metock* : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *JDE*, 2008, p.272.

A. Le durcissement des règles relatives aux mariages mixtes

En 1997, le Conseil de l'Union européenne a adopté une résolution¹⁰⁰¹ dans laquelle elle invitait les États à prendre des mesures pour lutter contre les mariages de complaisance. Pour ce faire, les États membres peuvent, selon la directive 2004/38/CE adopter « les mesures nécessaires pour se préserver de l'abus de droit ou de la fraude, en particulier des mariages blancs ou de toute autre forme d'unions contractées uniquement en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour »¹⁰⁰². Plus récemment, sollicitée par les États membres, la Commission a publié un manuel relatif aux mariages de complaisance entre des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers dans le cadre de la législation de l'Union concernant la libre circulation des citoyens de l'Union. Non juridiquement contraignant, il est destiné à aider les autorités nationales à mieux lutter contre les pratiques abusives prenant la forme de mariages de complaisance, sans pour autant compromettre l'objectif fondamental consistant à garantir et à faciliter la libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille qui utilisent de bonne foi la législation de l'Union¹⁰⁰³. Il présente notamment différents indices d'abus potentiel, qui désignent certaines caractéristiques que les couples fictifs sont beaucoup plus susceptibles de présenter que les couples authentiques, et invite les États membres à mettre en place une coopération transfrontalière pour lutter contre les mariages de complaisance.

Les États membres n'ont pas attendu les préconisations des institutions de l'Union dans ce domaine. Sur le fondement de la lutte contre les mariages de complaisance, les États ont progressivement durci leur législation relative aux mariages conclus « afin de contourner

¹⁰⁰¹ Résolution du Conseil, du 4 décembre 1997, sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, JO C 382 du 16 décembre 1997, p.1.

¹⁰⁰² Considérant 28 de la directive 2004/38/CE, précitée.

¹⁰⁰³ Commission staff working document, *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, Brussels, 26.9.2014 SWD(2014) 284 final. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Aider les autorités nationales à réprimer les abus du droit à la libre circulation: Manuel relatif aux mariages de complaisance entre des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers, dans le cadre de la législation de l'UE concernant la libre circulation des citoyens de l'Union*, Bruxelles, le 26.9.2014 COM(2014) 604 final.

les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants de pays tiers »¹⁰⁰⁴ que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. Si dans la majorité des États membres, la validité des mariages est contrôlée *a posteriori*, certains États privilégient désormais un contrôle préalable des mariages. C'est le cas par exemple de l'Espagne, du Royaume-Uni et de la Belgique où le fonctionnaire de l'état civil peut refuser de célébrer un mariage lorsqu'il existe des indices sérieux d'absence d'intention du couple de vivre ensemble¹⁰⁰⁵.

La France appartient à cette catégorie d'États membres ayant mis en place, en plus d'un contrôle *a posteriori*, un contrôle *a priori* de la validité du mariage. Cet État n'a cessé de durcir le dispositif de lutte contre les mariages de complaisance, introduit dans le code civil par la loi n°93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration¹⁰⁰⁶. Tout d'abord, la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité¹⁰⁰⁷ a amélioré la cadre juridique de la lutte contre les mariages de complaisance et institué un délit spécifique pour le fait de contracter un mariage aux seules fin d'obtenir, ou de faire obtenir un titre de séjour. Ensuite, la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration¹⁰⁰⁸ et la loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages¹⁰⁰⁹ ont augmenté les moyens de lutter contre le détournement du mariage à des

¹⁰⁰⁴ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, précité.

¹⁰⁰⁵ Voir notamment : service des études juridiques du Sénat, *La lutte contre les mariages de complaisance*, étude de législation comparée n°159, février 2006.

¹⁰⁰⁶ Loi n°93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le code civil (Loi dite «loi Pasqua»), JO du 1^{er} janvier 1994, n°1, p.11. Sur cette loi, voir notamment le commentaire de N. GUIMEZANES, « Dernières précisions relatives à la maîtrise de l'immigration », *JCP G*, 26 janvier 1994, p.1.

¹⁰⁰⁷ Loi 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO n°274 du 27 novembre 2003, p.20136. Sur cette loi, voir notamment les commentaires de F. BELLIVIER, « Immigration. Séjour. Nationalité », *RTD civ.*, 2004, p.148 ; S. CORNELOUP, « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, Paris, 2005, p.207.

¹⁰⁰⁸ Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO n°170 du 25 juillet 2006, p.11066. Sur cette loi, voir notamment les commentaires de N. GUIMEZANES, « La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », *JCP A*, 25 septembre 2006, p.1211 ; D. TURPIN, « La loi numéro 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration : choisir pour ne plus subir ? Note sous Loi numéro 2006-911 du 24 juillet 2006, loi relative à l'immigration et à l'intégration, Journal officiel numéro 170 du 25 juillet 2006, page 11047 », *RCDIP*, 1^{er} janvier 2007, p.1.

¹⁰⁰⁹ Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, JO n°264 du 15 novembre 2006, p.17113. Sur cette loi, voir notamment les commentaires de S. CORNELOUP, « Note sous Loi numéro 2006-1376 du 14 novembre 2006, loi relative au contrôle de la validité des mariages, Journal officiel

finis migratoires. Une circulaire CIV/O9/10 du Ministre de la justice et des libertés du 22 juin 2010 précise et renforce les modalités de mise en œuvre de la politique visant à prévenir les mariages dissimulés¹⁰¹⁰.

Ce régime légal accroît les pouvoirs des autorités françaises dans la lutte contre les fraudes et s'inscrit dans « une contestable logique de méfiance vis-à-vis des mariages mixtes »¹⁰¹¹ si bien que le droit français figure désormais parmi les « droits les plus méfiants et répressifs face aux mariages mixtes »¹⁰¹². L'officier d'état civil a ainsi la possibilité, après l'audition du couple accompagnée parfois d'une enquête, de refuser la célébration du mariage s'il y a des éléments qui prouvent qu'il s'agit d'un mariage de complaisance.

À la suite de l'arrêt *Metock*¹⁰¹³, une circulaire¹⁰¹⁴ rappelle d'ailleurs à ses destinataires qu'en cas de doute sur la sincérité du mariage entre un citoyen de l'Union et un ressortissant de pays tiers, ils ont la possibilité de diligenter une enquête afin de vérifier si la conclusion de l'union n'a pas pour seul but l'obtention du droit au séjour. Ils peuvent donc rechercher si la demande d'admission au séjour ne se fonde pas sur un acte ou une intention de nature frauduleuse.

La France n'a pas été le seul État membre à réagir à la suite de l'arrêt *Metock*. Au cours d'une conférence européenne des directeurs généraux des services d'immigration sur l'immigration familiale¹⁰¹⁵ organisée en 2008, la Belgique a par exemple insisté sur le besoin

numéro 264 du 15 novembre 2006, page 17113 », *RCDIP*, 1^{er} janvier 2007, p.225 ; V. LARRIBAUTERNEYRE, « Conformité à la constitution de la loi sur le contrôle de la validité des mariages », *Dr. fam.*, n°1, janvier 2007, comm. 1, p.30.

¹⁰¹⁰ Circulaire CIV/O9/10 du 22 juin 2010 relative à la lutte contre les mariages simulés, non publiée.

¹⁰¹¹ S. CORNELOUP, « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », *op. cit.*, p.208.

¹⁰¹² *Ibid*, p.209.

¹⁰¹³ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, précité.

¹⁰¹⁴ Circulaire n°NOR IMIM 1000116C relative aux conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres États parties à l'Espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que des membres de leur famille du 10 décembre 2010, non publié.

¹⁰¹⁵ Décembre 2008, conférence des directeurs généraux des services d'immigration (CDGSI ou en anglais GDISC pour General Directors of Immigration Services Conference) sur l'immigration familiale, axée principalement sur l'abus du regroupement familial (dans le cadre d'un mariage de complaisance). Cette conférence a eu lieu à Vienne. Le motif initial de l'organisation de ce séminaire européen était l'arrêt *Metock* du 25 juillet 2008 (C-127/08), à propos duquel une question préjudicielle avait été posée par la High Court (Irlande) concernant l'interprétation de la Directive 2004/38/CE.

d'harmoniser les législations des différents États membres¹⁰¹⁶ en vue d'éviter les lacunes ou de laisser des possibilités d'abus. Elle a ainsi souligné la nécessité d'une approche uniformisée pour lutter contre l'abus de procédures administratives en général et les mariages blancs en particulier. Par là, la Belgique a incité les États membres à harmoniser les législations relatives au contrôle des mariages mais plutôt en faveur d'un contrôle *a priori*.

Certains États membres sont allés plus loin dans le contrôle préalable des mariages mixtes. En Italie, l'introduction du *«pacchetto sicurezza»*¹⁰¹⁷ a modifié l'article 116 du code civil. Pour se marier, l'étranger doit présenter un document attestant de la régularité de son séjour. S'il ne le présente pas, il lui est interdit de se marier que ce soit avec un citoyen italien ou avec un citoyen d'un autre État membre de l'Union migrant. Depuis le 1er janvier 2011¹⁰¹⁸, le défaut d'un titre de séjour régulier en Suisse, est également un empêchement matériel au mariage. Le nouvel article 98 alinéa 4 du code civil introduit le principe selon lequel les fiancés étrangers doivent, au cours de la procédure préparatoire, prouver qu'ils séjournent légalement en Suisse. Les officiers de l'État civil ont désormais l'obligation de vérifier le statut des fiancés.

Ces modifications législatives ont pour conséquence d'empêcher, notamment, que des situations comparables à l'affaire *Metock* ne puissent désormais se produire dans ces États membres. Un étranger irrégulier en Italie ou en Suisse ne pourra plus obtenir une régularisation de sa situation en se mariant avec un citoyen de l'Union par le recours au droit de l'Union de la libre circulation puisque le mariage lui est tout simplement interdit.

Quoiqu'il en soit, la question de la conformité de ces législations avec la Convention européenne des droits de l'homme, plus précisément l'article 12 qui garantit le droit au mariage, se pose sérieusement.

¹⁰¹⁶ Pour une analyse comparative, voir F. GRANET-LAMBRECHTS, « Mariages mixtes : le mariage entre un ressortissant et un étranger dans quelques pays européens », *AJ Famille*, 2007, p.262.

¹⁰¹⁷ Loi 125/2008 du 24 juillet 2008, JO n°173 du 25 juillet 2008.

¹⁰¹⁸ Loi «Code civil (CC) (Empêcher les mariages en cas de séjour irrégulier)», RO n°27 du 13 juillet 2010, p.3057.

B. Un durcissement des règles relatives au mariage mixte contestable au regard de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme

Un État peut légitimement subordonner le droit d'un étranger de se marier à des conditions raisonnables en vue de rechercher si le mariage envisagé est un mariage de complaisance et, dans le cas échéant, d'empêcher une telle union. En conséquence, les États contractants qui soumettent les mariages conclus par des étrangers à un contrôle visant à vérifier qu'il s'agit ou non d'un mariage de complaisance ne méconnaissent pas nécessairement l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Par contre, les réglementations nationales suisses ou italiennes restreignant les conditions relatives au mariage mixte créent une sorte de présomption irréfragable de mariage fictif lié à l'absence d'un titre de séjour valable dans ces États qui amène *in fine* à interdire l'exercice du droit au mariage pour toute une catégorie de personnes. La question de la conformité de ces réglementations avec la Convention européenne des droits de l'homme se pose d'autant plus à la suite de l'arrêt de la Cour de Strasbourg *O'Donoghue* du 14 décembre 2010¹⁰¹⁹, rendu à propos du contrôle du respect des conditions des mariages mixtes au Royaume-Uni et qui fait primer le droit au mariage sur l'impératif de lutte contre les mariages blancs.

Dans cette affaire, un ressortissant nigérian, M. Iwu, de nationalité nigérienne, arrivé en Irlande du Nord en 2004, ayant demandé l'asile en 2006, et ayant reçu en 2009 une autorisation exceptionnelle de séjour valable jusqu'en 2011, avait sollicité un certificat d'admission (*Certificate of Approval*) auprès du ministre de l'intérieur en vertu de la loi sur

¹⁰¹⁹ CEDH, 14 décembre 2010, *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, n°34848/07, (ci-après «arrêt O'Donoghue»). Sur cette décision, voir notamment les commentaires de J. HAUSER, « La lutte contre les mariages fictifs ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, 14 décembre 2010, *O'Donoghue e.a. contre Royaume-Uni*, arrêt numéro 34848/07 », *RTD civ.*, 2011, p.327 ; N. HERVIEU, « Encadrement conventionnel des dispositifs de lutte contre les «mariages blancs» », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 décembre 2010 ; D. LACHAL, « Système discriminatoire de certificat d'agrément préalable au mariage des ressortissants étrangers ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, quatrième section, 14 décembre 2010, *O'Donoghue et autres contre Royaume-Uni*, requête numéro 34848/07 », *JDI*, 2011, p.1361 ; C. PICHERAL, « Mariages blancs et droit au mariage », *JCP G*, 2010, p.2451 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2011, p.182.

l'asile et l'immigration ainsi que l'exemption des frais de dossier. Cette procédure spécifique a été prévue afin de lutter contre les «mariages blancs» impliquant des étrangers, sauf ceux de l'Espace Économique Européen et ceux disposant d'une autorisation de séjour à durée indéterminée. Initialement limité aux étrangers étant autorisés à entrer ou séjourner au Royaume-Uni pour une durée minimum de 6 mois, ce système fut assoupli une première fois. Il fut admis qu'un *Certificate of Approval* puisse être délivré malgré l'absence de droit d'entrée ou de séjour, pour autant que l'autorité puisse se convaincre, sur la base d'un examen individuel, que ceux-ci n'entendaient pas conclure un mariage fictif. Un tel examen fut ensuite élargi aux étrangers en attente d'une décision sur leur autorisation de séjour. Après un premier rejet de sa requête en raison du non paiement des frais de dossier, M. Iwu, aidé financièrement par des amis, a obtenu l'autorisation de se marier en juillet 2008.

Le couple alléguait principalement¹⁰²⁰ que l'existence même de la procédure du «Certificate of Approval» violait de manière disproportionnée l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La première version du système avait dissuadé le couple de déposer une requête fin 2005, puisque M. Iwu ne disposait pas d'un titre d'entrée ou de séjour valable. Ce n'est qu'après l'assouplissement du système que l'intéressé pouvait, en principe, obtenir un *Certificate of Approval*.

À l'unanimité, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le Royaume-Uni pour violation du droit au mariage pris isolément. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantit, en effet, le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice obéit toutefois aux lois nationales des États contractants. La Cour rappelle ainsi que « dans le contexte des lois relatives à l'immigration et pour des raisons justifiées, les États peuvent être autorisés à empêcher les mariages de pure complaisance, contractés uniquement dans le but d'obtenir des avantages » liés à la législation relative à l'immigration¹⁰²¹. Ainsi, la Cour réaffirme la légitimité pour l'État de limiter le droit au mariage lorsqu'il s'agit de lutter contre les mariages blancs en précisant que « un État partie n'agira pas nécessairement en violation de l'article 12 de la Convention s'il soumet les mariages impliquant des étrangers à un examen

¹⁰²⁰ Ils dénonçaient également la discrimination résultant de la non-application de ce système dans le cas de mariages devant l'église anglicane.

¹⁰²¹ Paragraphe 83 de l'arrêt *O Donoghue*, n°34848/07, précité.

destiné à établir s'il s'agit ou non des mariages de pure complaisance »¹⁰²². À ce titre, la marge de manœuvre des États est assez large puisqu'ils peuvent « exiger des étrangers qu'ils notifient aux autorités leur intention matrimoniale et, si nécessaire, leur demander de fournir des informations pertinentes sur leur situation au regard des règles d'immigration et sur la sincérité de leur mariage »¹⁰²³.

Cependant, comme l'affirme J. HAUSER, « dans la lutte contre les mariages de complaisance, qui a reçu la bénédiction de principe de la CEDH, tous les coups ne sont pas permis »¹⁰²⁴. Hormis ces hypothèses de lutte contre les mariages fictifs, les lois nationales ne doivent pas avoir pour effet d'exclure une personne ou une catégorie de personnes¹⁰²⁵. Le droit au mariage ne doit pas être atteint dans sa substance même. La Cour examine donc si la procédure anglaise viole les droits des requérants et juge que la réglementation, dans ses deux premières versions, « imposait une interdiction générale d'exercice du droit au mariage pour toutes les personnes appartenant à une catégorie spécifique, indépendamment du fait de savoir si le mariage envisagé était ou non de pure convenance »¹⁰²⁶.

Et, « une interdiction générale, automatique et sans distinction sur un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle »¹⁰²⁷. Une restriction telle que celle imposée par le système britannique, sans aucune investigation sur la véracité ou l'authenticité du mariage, porte atteinte à la substance même du droit à se marier. La Cour constate que la troisième version de la réglementation portait également atteinte à la substance du droit de se marier, en raison de l'importance des frais de dossier.

Même si le système mis en œuvre par le Royaume-Uni était déjà voué à disparaître en 2011, cet arrêt constitue un avertissement à l'égard des États qui, au nom de la lutte contre les

¹⁰²² paragraphe 87 de l'arrêt *O Donoghue*, n°34848/07, précité. Voir Comm. EDH, déc., 16 octobre 1996, *Sanders c. France*, n°3140/96, Comm. EDH, déc., 3 décembre 1997, *Klip and Krüger c. The Netherlands*, n°33257/96.

¹⁰²³ paragraphe 87 de l'arrêt *O Donoghue*, n°34848/07, précité.

¹⁰²⁴ J. HAUSER, « La lutte contre les mariages fictifs ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, 14 décembre 2010, *O'Donoghue e.a. contre Royaume Uni*, arrêt numéro 34848/07 », *op. cit.*, p.327.

¹⁰²⁵ Paragraphe 83 de l'arrêt *O Donoghue*, n°34848/07, précité.

¹⁰²⁶ Paragraphe 83 de l'arrêt *O Donoghue*, n°34848/07, précité.

¹⁰²⁷ Paragraphe 89 de l'arrêt *O Donoghue*, n°34848/07, précité

mariages blancs, ne cessent de durcir leur législation relative aux conditions de validité des mariages. Surtout, les systèmes mis en œuvre en Italie et en Suisse ne paraissent pas conformes aux exigences de la Cour sous l'angle de l'article 12 de la Convention. Si le but poursuivi, empêcher les mariages fictifs pour des raisons de police des étrangers, est légitime, ces législations portent en revanche atteinte à la substance même du droit au mariage en empêchant de manière générale, automatique et indifférenciée toute personne étrangère dépourvue de titre d'entrée ou de séjour régulier en Suisse ou en Italie de se marier, sans aucune investigation sur l'existence effective d'un mariage de complaisance.

CONCLUSION DU TITRE

Il faut admettre que la primauté de la libre circulation des citoyens de l'Union, voire du seul statut de citoyen de l'Union, sur la lutte contre l'immigration irrégulière vient directement concurrencer les États membres dans la maîtrise de leurs catégories d'étrangers. Les interactions qui se jouent entre les espaces normatifs de référence pour l'étranger aboutissent à d'une substitution de catégories nationales par des catégories européennes. Confrontés à une extension des compétences de l'Union en matière de contrôle aux frontières extérieures de l'Union et d'admission des ressortissants non européens en provenance de l'extérieur du territoire de l'Union, les États réagissent par conséquent en tentant d'éviter cette concurrence juridique verticale qui leur est défavorable. Se crée alors paradoxalement une progressive harmonisation européenne spontanée au détriment des droits des ressortissants des États tiers, tels que le droit de la nationalité et le droit de se marier, alors même que la Cour de justice a développé une jurisprudence généreuse à leur égard.

À cette mise en concurrence verticale, s'ajoute également une mise en concurrence horizontale. Elle ne découle plus ici d'une confrontation entre le droit de l'Union et les droits nationaux mais entre les droits nationaux eux-mêmes. Pourtant, le droit des étrangers est saisi par le droit de l'Union. Cependant, l'harmonisation est particulièrement minimale si bien qu'elle ne neutralise pas toute possibilité de mise en concurrence des droits nationaux. Les États trouvent alors le moyen d'instrumentaliser cette situation pour restreindre leurs législations nationales. Et, même là où le droit de l'Union est censé avoir mis fin à toute mise en concurrence des droits nationaux, les États cherchent à instrumentaliser la règle européenne unique pour éviter les flux migratoires remettant en cause le principe de solidarité interétatique.

TITRE 2

LES DROITS NATIONAUX MIS EN CONCURRENCE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

D'emblée, point n'est besoin de rappeler que la construction d'un droit européen des étrangers ne repose pas sur une mise en concurrence des droits nationaux. J-S. BERGÉ et S. HARNAY insistent sur ce point en affirmant que « le droit de l'Union européenne ne s'est pas construit sur un modèle de compétition entre les États membres » et que « l'idée même d'intégration et de «communauté de lois» s'oppose à une vision essentiellement compétitive des rapports entre les ordres juridiques, vision largement dominée par un laisser-faire étranger au droit européen »¹⁰²⁸. *A priori*, la thèse selon laquelle le droit européen des étrangers serait dominé par une rivalité entre les droits nationaux ne va pas de soi. Il n'y aurait aucune mise en concurrence des droits nationaux relatifs aux étrangers.

Néanmoins, ces mêmes auteurs constatent qu'il existe « des brèches de nature à justifier une approche compétitive entre les lois nationales »¹⁰²⁹. Pour preuve, certains États membres ont tiré profit du processus d'harmonisation en imposant leurs points de vue aux autres. Ils ont, en effet, joué de leur influence au moment de la négociation des directives relatives au droit des étrangers si bien que seuls des standards minimaux et la garantie du maintien de solutions nationales ont prévalu. Or, « plus le droit européen est capable de définir de manière autonome des solutions juridiques uniformes qui s'imposent à tous les États membres, plus le degré d'intégration est élevé. Plus les États conservent une possibilité d'adopter des solutions qui leur sont propres, moins le degré d'intégration est élevé »¹⁰³⁰. Et, « la concurrence juridique gagne du terrain chaque fois que la méthode européenne d'intégration est placée en situation d'échec »¹⁰³¹. C'est particulièrement vrai concernant le droit européen des étrangers. Le degré d'intégration européenne en matière d'immigration et d'asile demeure encore faible si bien que le régime de l'étranger est faussement harmonisé en ce domaine.

¹⁰²⁸ S. HARNAY et J.-S. BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen », *op. cit.*, p.176.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Ibid.*

En définitive, si « le laisser-faire *ab initio*, inhérent au modèle fondé sur une concurrence horizontale entre les systèmes juridiques locaux, est étranger à la construction européenne »¹⁰³², force est d'admettre toutefois que l'harmonisation du droit des étrangers contribue, dans certains cas, à faire perdurer et/ou entretenir une forme de concurrence normative, entre les États membres soucieux de préserver une marge de manœuvre dans un domaine particulièrement lié à leur souveraineté et, surtout politiquement très sensible. Ce sont les raisons pour lesquelles « l'homogénéité de l'espace juridique communautaire en matière d'immigration relève ici en grande partie du mythe »¹⁰³³. Et, ainsi que l'affirme M. TANDONNET, « accepter le maintien de disparités flagrantes (...) reviendrait à courir le risque d'une surenchère restrictive, chacun cherchant à durcir ses lois pour orienter les flux migratoires vers les autres États membres »¹⁰³⁴.

Face à ce maintien d'une concurrence normative horizontale entretenu par le droit de l'Union, les États membres peuvent instrumentaliser les directives pour durcir les régimes nationaux et, par une sorte de « suivisme », d'une « course vers le bas » (*race to the bottom*), s'alignent sur les États dont les dispositions sont les plus restrictives. Ce mouvement est assimilable à une concurrence au moins-disant, par une exacerbation du dumping à la moindre protection de l'étranger (Chapitre 1). Plus surprenant, même là où le droit de l'Union impose une règle unique sur tout le territoire de l'Union, et empêche ainsi tout rapport compétitif entre les droits nationaux, cette règle européenne peut être paradoxalement instrumentalisée par les États, en vue d'éviter des flux migratoires sur leur territoire, mais au détriment des autres États membres, sapant alors le principe de solidarité européenne pourtant inhérent à la politique européenne en matière des étrangers (Chapitre 2).

¹⁰³² *Ibid*, p.177.

¹⁰³³ P. ICARD, « L'immigrant en droit communautaire : histoire d'espaces traversés de frontières », *RDUE*, 2/2009, p.251.

¹⁰³⁴ M. TANDONNET, *Le grand bazar ou l'Europe face à l'immigration*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2001, p.189.

CHAPITRE 1

L'HARMONISATION INSTRUMENTALISÉE PAR LES ÉTATS MEMBRES

P. ICARD observe que si « les États membres s'attachent, en principe, à réduire leurs divergences (...) derrière cette unité de façade perce une vérité bien différente. Les États continuent à mener des actions en ordre dispersé et à conserver des législations décalées »¹⁰³⁵. Cette observation se vérifie particulièrement en matière d'immigration et d'asile.

Quand il s'agit d'harmoniser les politiques d'immigration et de l'asile, les États tendent à défendre jalousement leur autonomie, sachant que la matière est essentielle dans la compétition politique, un enjeu qui reste très sensible au niveau national dans de nombreux États membres. Comme le rappelle H. DUMONT, « certains États entendent fermer leurs frontières pour protéger leur marché national de l'emploi ou sous l'influence de la démagogie nationaliste qui assimile immigration et criminalité ; d'autres se soucient au contraire de les ouvrir pour répondre à la demande de main d'œuvre des entrepreneurs ou, plus rarement, par souci de prendre une petite part de la misère du monde sur eux. Il est difficile pour la Communauté de transcender pareille diversité d'approches par une politique avertie des enjeux globaux prévisibles à moyen et à long terme »¹⁰³⁶. Dans ces conditions, les mesures adoptées au niveau de l'Union en matière d'immigration et d'asile se réduisent le plus souvent à une addition de choix nationaux préservant ainsi les attributs des souverainetés étatiques.

Ces insuffisances de l'harmonisation européenne du droit des étrangers (Section 1) conduisent alors à deux résultats opposés au stade de la transposition des directives dans les droits nationaux. Soit les États sont confortés dans leurs pratiques et, par conséquent, la concurrence normative horizontale persiste, soit les États adoptent, par mimétisme, les mêmes dispositions que leurs voisins européens alors même que les directives ne l'imposent pas (Section 2).

¹⁰³⁵ P. ICARD, « L'immigrant en droit communautaire : histoire d'espaces traversés de frontières », *op. cit.*, p.222.

¹⁰³⁶ H. DUMONT, « La politique européenne d'immigration : Synthèse des travaux en atelier », *op. cit.*, pp.374-375.

SECTION 1. LA MISE EN CONCURRENCE DES DROITS NATIONAUX CONFORTÉE PAR LE DROIT DE L'UNION

En principe, l'adoption de normes relatives à l'immigration et l'asile au niveau de l'Union européenne vise à réduire le phénomène dit de *law shopping* en contribuant à atténuer les disparités nationales lesquelles sont une source potentielle de mise en concurrence des droits nationaux par les ressortissants des États tiers souhaitant entrer sur le territoire de l'Union. C'est le cas par exemple de l'harmonisation du droit d'asile qui vise à empêcher les mouvements secondaires de demandeurs d'asile potentiellement motivés par la diversité des conditions d'accueil et les chances d'obtenir un avis favorable. De manière plus générale, l'harmonisation du droit des étrangers tend, en principe, à neutraliser les options de législations. Or, l'harmonisation européenne du droit des étrangers se révèle si minimaliste qu'elle est favorable aux États plus soucieux de conserver des prérogatives en matière de flux migratoire que d'éviter le *law shopping*. Parce que « le contrôle des territoires est l'un des attributs les plus significatifs de l'État-nation »¹⁰³⁷, les États membres ont longtemps et demeurent encore arc-boutés sur leurs souverainetés nationales dans ce domaine.

Certes, catégoriser les étrangers dans l'ordre juridique de l'Union pourrait signifier une émancipation par rapport au cadre national. Mais, le développement d'une politique migratoire européenne renforce les pouvoirs nationaux. La transposition de la souveraineté au niveau de l'Union européenne est vécue par les États, particulièrement dans ce domaine, comme une menace pour leur souveraineté. Comme le remarque C. COURNIL, l'harmonisation révèle « certains comportements –souverainistes» des États membres (...) face aux véritables ambitions de politique commune »¹⁰³⁸. De fait, s'il existe une recomposition du droit des étrangers au niveau de l'Union européenne, ce mouvement intégrateur connaît des limites en raison de nombreux compromis concédés aux États membres.

¹⁰³⁷ E. DARDENNE et L. WEERTS, « La communautarisation de la politique d'immigration : déterritorialisation ou permanence des territoires ? », in P. MAGNETTE et E. REMACLE, *Le nouveau modèle européen*, vol. 2, Les politiques internes et externes, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p.20.

¹⁰³⁸ C. COURNIL, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, op. cit., p.35.

La première limite est liée au champ d'application spatial, le droit européen des étrangers ne s'appliquant pas sur l'ensemble des territoires de l'Union européenne. Pour satisfaire trois États membres, réfractaires au développement d'une politique européenne migratoire, des positions faites sur mesure leurs ont été concédées afin de poursuivre le processus d'intégration communautaire. Il n'existe donc pas, en principe, un espace commun sur lequel un même droit s'applique à tous les étrangers mais des espaces différents avec pour conséquence pour l'étranger de se voir appliquer soit le droit de l'Union soit le droit des États membres non-associés. Par conséquent, le droit européen des étrangers est à géographie variable. Cette variabilité géographique du droit européen des étrangers est d'autant plus accentuée que certains États non-membres de l'Union participent partiellement à son développement (Paragraphe 1). La seconde limite est liée au contenu même du droit européen des étrangers. À l'image du critère de la définition européenne de l'étranger qui est dicté par les États, celui-ci est également maîtrisé par les États. Ce faisant, le processus d'harmonisation européenne du droit des étrangers n'affaiblit pas le poids des États membres. Bien au contraire, le droit européen des étrangers demeure à géométrie variable tant il procède plus d'une confirmation des mesures nationales existantes que d'un rapprochement significatif des règles au niveau de l'Union (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La différenciation spatiale du droit de l'Union des étrangers

Le champ d'application *rationae loci* du droit européen des étrangers est caractérisé par la flexibilité. Son développement a, en effet, suscité des résistances parmi les États membres de l'Union si bien que le Traité d'Amsterdam a consacré une «Europe à la carte». C'est ainsi que le Royaume-Uni et la République d'Irlande ne participent pas aux politiques d'immigration et d'asile communes, même si un *opt-in* au cas par cas est possible et si, par ailleurs ils ont signé la Convention de Dublin sur l'examen des demandes d'asile. De même, et de manière plus originale, le Danemark, État caractérisé par un électorat qui se prononce souvent contre les transferts de souveraineté à l'Union européenne, bien que membre de l'espace Schengen contrairement aux deux autres, ne participe pas non plus au Titre V TFUE relatif à l'immigration et l'asile, nécessitant de ce fait des traités entre l'Union et cet État

lorsque des mesures sont adoptées dans ce domaine (A). Toutefois, si le développement d'un droit européen des étrangers connaît des résistances de la part de certains États membres, celui-ci est « un pôle d'attractivité pour des États non-membres de l'Union »¹⁰³⁹ (B).

A. Un espace réduit en interne

Le champ d'application spatial du droit européen des étrangers¹⁰⁴⁰ est caractérisé par les clauses d'*opt-in* et d'*opt-out* du Royaume-Uni et de l'Irlande (1) et l'exclusion originale du Danemark (2). Cependant, leur position est en réalité moins tranchée dès lors que les premiers comme le second participent à certains fragments du droit européen de l'immigration et de l'asile.

1. La participation à la carte du Royaume-Uni et de l'Irlande

Le Royaume- Uni et l'Irlande ont refusé dès les accords de Schengen de participer à la politique de suppression des frontières intérieures et, corrélativement, au développement d'une politique commune en matière d'immigration. En revanche, ils ont signé la Convention de Dublin en 1990¹⁰⁴¹. Trois protocoles annexés au traité aménagent désormais un statut dérogatoire pour ces deux États membres. D'une part, le protocole intégrant l'acquis de Schengen et annexé au Traité d'Amsterdam devenu protocole « sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne » après la révision opérée par le Traité de

¹⁰³⁹ M. GAUTIER, « La participation des États tiers à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in I. BOSSE-PLATIÈRE et C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne-Colloques, 2014, pp.239 et s.

¹⁰⁴⁰ Ne sera pas abordée la question relative aux États impliqués par les périodes transitoires consécutives aux nouvelles adhésions (la Roumanie, la Bulgarie, Chypre, la Croatie)

¹⁰⁴¹ Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes (Convention de Dublin, signée le 15 juin 1990, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1997), JO C 254 du 19 août 1997.

Lisbonne¹⁰⁴² précise que les différentes composantes de l'acquis de Schengen ne lient pas ces deux États membres. Ils peuvent toutefois à tout moment demander à reprendre tout ou partie de l'acquis de Schengen. D'autre part, deux protocoles spécifiques annexés au Traité d'Amsterdam viennent soustraire ces deux États au principe de liberté circulation des personnes et au développement d'une politique européenne d'immigration et d'asile. Le premier, « protocole sur l'application de certains aspects de l'article 14 du Traité CE au Royaume-Uni et à l'Irlande », devenu « protocole sur l'application de certains aspects de l'article 26 TFUE au Royaume-Uni et à l'Irlande »¹⁰⁴³ soustrait ces deux États au principe de totale liberté circulation des personnes posé par cet article. Concrètement, ils peuvent maintenir des contrôles à leurs frontières vis-à-vis des ressortissants des autres États membres. En contrepartie de ces dérogations, le principe de réciprocité s'applique aux autres États membres, lesquels peuvent exercer et instaurer des contrôles à leurs frontières sur les personnes en provenance de ces deux États. Le second, le « protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande », devenu « protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice »¹⁰⁴⁴ après le Traité de Lisbonne, leur permet de ne pas participer en principe au titre IV CE et désormais plus largement encore au titre V de la troisième partie TFUE qui comporte un chapitre 2 sur les « politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration ».

Ces deux États ne participent donc pas à l'adoption des décisions¹⁰⁴⁵ et aucune des décisions prises sur le fondement de ce chapitre ne les lient¹⁰⁴⁶, y compris les décisions de la

¹⁰⁴² Protocole n°19 sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne, JO C 83 du 30 mars 2010, p.290.

¹⁰⁴³ Protocole n°20 sur l'application de certains aspects de l'article 26 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande, JO C 83 du 30 mars 2010, p.293.

¹⁰⁴⁴ Protocole n°21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 83 du 30 mars 2010, p.295

¹⁰⁴⁵ Article 1 du protocole n°21, précité : « Sous réserve de l'article 3, le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'unanimité des membres du Conseil, à l'exception des représentants des gouvernements du Royaume-Uni et de l'Irlande, est requise pour les décisions que le Conseil est appelé à prendre à l'unanimité ».

¹⁰⁴⁶ Article 2 du protocole n°21, précité : « En vertu de l'article 1er et sous réserve des articles 3, 4 et 6, aucune des dispositions de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aucune mesure adoptée en application de ce titre, aucune disposition de tout accord international conclu par l'Union en application de ce titre et aucune décision de la Cour de justice de l'Union européenne interprétant ces dispositions ou mesures, ne lie le Royaume-Uni ou l'Irlande ou n'est applicable à leur égard. Ces dispositions,

Cour de justice. Mais, ils sont libres de s'associer s'ils le souhaitent à la prise de décision comme les autres¹⁰⁴⁷ ou de décider à n'importe quel moment après son adoption de reprendre une décision¹⁰⁴⁸. Ils bénéficient ainsi d'une faculté de participation en notifiant au président du Conseil leur choix de participer à certaines mesures proposées dans le cadre du titre V TFUE.

Cette faculté d'*opting-in* accordée à ces deux États membres se présente sous deux formes : dans le premier cas, la demande peut intervenir dans un délai de trois mois à compter de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative. La notification présentée dans le délai requis autorise ces deux États, ou l'un d'entre eux, à participer, à l'adoption de la mesure. Par contre, s'ils bloquent la prise de décision, le Conseil peut décider d'adopter la mesure sans eux. Le second cas de figure concerne la volonté d'un État de présenter postérieurement au délai de trois mois une demande de participation à l'une des mesures concernées. C'est ainsi que, par exemple, l'Irlande a notifié son intention d'appliquer la directive 2001/55/CE relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et

mesures ou décisions ne portent en rien atteinte aux compétences, aux droits et aux obligations desdits États. Ces dispositions, mesures ou décisions ne modifient en rien ni l'acquis communautaire, ni celui de l'Union et ne font pas partie du droit de l'Union tels qu'ils s'appliquent au Royaume-Uni ou à l'Irlande ».

¹⁰⁴⁷ Article 3 du protocole n°21, précité : « 1. Le Royaume-Uni ou l'Irlande peut notifier par écrit au président du Conseil, dans un délai de trois mois à compter de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative en application de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, son souhait de participer à l'adoption et à l'application de la mesure proposée, à la suite de quoi cet État y est habilité. L'unanimité des membres du Conseil, à l'exception du membre qui n'a pas procédé à une telle notification, est requise pour les décisions que le Conseil est appelé à prendre à l'unanimité. Une mesure adoptée selon le présent paragraphe lie tous les États membres qui ont participé à son adoption. Les mesures adoptées en application de l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fixent les conditions de participation du Royaume-Uni et de l'Irlande aux évaluations concernant les domaines couverts par la troisième partie, titre V, dudit traité. Aux fins du présent article, la majorité qualifiée se définit conformément à l'article 238, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; 2. Si, après un délai raisonnable, une mesure visée au paragraphe 1 ne peut pas être adoptée avec la participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande, le Conseil peut adopter cette mesure conformément à l'article 1er sans la participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande. Dans ce cas, l'article 2 s'applique ».

¹⁰⁴⁸ Article 4 du protocole n°21, précité : « Le Royaume-Uni ou l'Irlande peut, à tout moment après l'adoption d'une mesure par le Conseil en application de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notifier au Conseil et à la Commission son intention d'accepter ladite mesure. Dans ce cas, la procédure prévue à l'article 331, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'applique mutatis mutandis ».

supporter les conséquences de cet accueil¹⁰⁴⁹ après son adoption¹⁰⁵⁰. Concrètement, ces deux États peuvent demander à participer en amont ou en aval à la prise de décision, et dans ces deux cas, ils sont pleinement liés par la mesure qui produit les mêmes effets que dans les autres États membres. Quand une mesure modifie ou développe une mesure déjà adoptée et à laquelle ils ont antérieurement participé, ils peuvent refuser d'y participer. Cependant, les autres États membres peuvent décider à la majorité qualifiée que la non-participation de l'Irlande et du Royaume-Uni à la version modifiée de la mesure rend son application « impraticable » pour les autres États ou l'Union qui peuvent alors contraindre ces deux États à cesser de participer à la mesure et décider qu'ils en supporteront les conséquences financières¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ Directive 2001/55/CE du Conseil, du 20 juillet 2001, relative aux normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212 du 7 août 2001, p.12.

¹⁰⁵⁰ Avis de la Commission sur la demande présentée par l'Irlande en vue d'accepter la directive 2001/55/CE relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, SEC/2003/0907 final : « La Commission se félicite de la demande présentée par l'Irlande en vue d'accepter la directive 2001/55/CE, qui constitue un instrument important de la politique communautaire en matière d'asile. Elle serait, par conséquent, d'avis d'approuver cette participation. À titre de dispositions particulières, la Commission considère que la directive 2001/55/CE devrait entrer en vigueur en Irlande le jour où lui est notifiée la décision de la Commission concernant sa demande et que l'Irlande devrait mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive d'ici au 31 décembre 2003 au plus tard ». Décision 2003/690/CE de la Commission du 2 octobre 2003 sur la demande présentée par l'Irlande en vue d'accepter la directive 2001/55/CE du Conseil relative aux normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 251 du 3 octobre 2003, p.23.

¹⁰⁵¹ Article 4 bis du protocole n°21, précité : « 1. Les dispositions du présent protocole s'appliquent, en ce qui concerne le Royaume-Uni et l'Irlande, également aux mesures proposées ou adoptées en vertu du titre V de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui modifient une mesure existante contraignante à leur égard ; 2. Cependant, dans les cas où le Conseil, statuant sur proposition de la Commission, décide que la non-participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande à la version modifiée d'une mesure existante rend l'application de cette mesure impraticable pour d'autres États membres ou l'Union, il peut les engager à procéder à une notification conformément à l'article 3 ou 4. Aux fins de l'article 3, une nouvelle période de deux mois commence à courir à compter de la date où le Conseil a pris une telle décision. Si, à l'expiration du délai de deux mois à compter de la décision du Conseil, le Royaume-Uni ou l'Irlande n'ont pas procédé à une notification conformément à l'article 3 ou 4, la mesure existante ne les lie plus et n'est plus applicable à leur égard, à moins que l'État membre concerné n'ait procédé à une notification conformément à l'article 4 avant l'entrée en vigueur de la mesure portant modification. Ceci prend effet à compter de la date d'entrée en vigueur de la mesure portant modification ou, si elle lui est ultérieure, de la date d'expiration du délai de deux mois. Aux

Le Royaume-Uni et l'Irlande peuvent ainsi refuser de participer à nombre de décisions adoptées dans le cadre du titre V TFUE et relatives à l'immigration et l'asile. Ils bénéficient d'une grande liberté de choix puisqu'ils ont le droit de décider unilatéralement d'appliquer ou non les règles européennes relatives à l'immigration et à l'asile. De manière générale, le Royaume-Uni et l'Irlande se sont abstenus de participer aux principales mesures prises par l'Union concernant l'immigration légale. Ils ont, en revanche, soutenu ses interventions sur l'asile et le contrôle aux frontières.

Plus précisément, ils ont fait jouer l'*opting-out* sur l'immigration légale. Par exemple, ils ont refusé de s'associer aux directives communautaires relatives au droit au séjour des étrangers résidents de longue durée¹⁰⁵² et au regroupement familial¹⁰⁵³. Toutefois, ces deux États ne prennent pas toujours les mêmes décisions. C'est ainsi que contrairement au Royaume-Uni, l'Irlande a accepté d'être liée par la directive 2005/71/CE relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique¹⁰⁵⁴.

En revanche, et malgré le maintien de contrôles aux frontières internes, le Royaume-Uni et l'Irlande ont accepté de participer à certaines mesures faisant partie de l'acquis de Schengen sur l'immigration irrégulière. Les deux États ont ainsi demandé à participer au système d'information Schengen (SIS)¹⁰⁵⁵. Ils sont également liés par la décision-cadre

fins du présent paragraphe, le Conseil, après avoir procédé à une discussion approfondie sur la question, statue à une majorité qualifiée de ses membres représentant les États membres participant ou ayant participé à l'adoption de la mesure portant modification. Une majorité qualifiée du Conseil se définit conformément à l'article 238, paragraphe 3, point a), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; 3. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut aussi décider que le Royaume-Uni ou l'Irlande supporte, le cas échéant, les conséquences financières directes découlant nécessairement et inévitablement de la cessation de sa participation à la mesure existante ; 4. Le présent article est sans préjudice de l'article 4 ».

¹⁰⁵² Considérant 25 de la directive 2003/109/CE, précitée

¹⁰⁵³ Considérant 17 de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, JO L 251 du 3 novembre 2003, p.12.

¹⁰⁵⁴ Considérants 27 et 28 de la directive 2005/71/CE du Conseil, du 12 octobre 2005, relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289 du 3 novembre 2005, p.15.

¹⁰⁵⁵ Décision 2000/365/CE du Conseil, du 29 mai 2000, relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JO L 131 du 1^{er} juin 2000, p.43. Décision 2004/926/CE du Conseil, du 22 décembre 2004, relative à la mise en œuvre de certaines parties de l'acquis de Schengen par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, JO L 395 du 31 décembre 2004, p.70. Décision 2002/192/CE du Conseil, du 28 février 2002, relative à la demande de l'Irlande

2002/946/JAI visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers¹⁰⁵⁶. En revanche, ils n'ont pas participé à la directive 2008/115/CE dite « retour »¹⁰⁵⁷. Le Royaume-Uni a également choisi de s'associer notamment à la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers¹⁰⁵⁸ et à la directive 2001/51/CE relative à la responsabilité des transporteurs de passagers sans papiers¹⁰⁵⁹. La volonté de s'associer à ces mesures est dictée par le souhait de voir diminuer l'immigration irrégulière sur leur territoire. Cette participation à la carte peut parfois poser des difficultés. Ce fut le cas par exemple lorsque le Royaume-Uni a demandé à participer aux mesures relatives à la création de l'agence européenne des frontières, Frontex, sans avoir au préalable participé aux dispositions de l'acquis Schengen, c'est-à-dire le code frontières Schengen. Saisie par le Royaume-Uni d'un recours en annulation contre le règlement Frontex, la Cour de justice a rejeté les arguments de cet État qui considérait que le règlement portait sur des mesures qui étaient « simplement liées » et non des mesures qui seraient « intégralement Schengen »¹⁰⁶⁰ et considéré que des mesures fondées sur l'acquis de Schengen « présupposent l'acceptation tant de ces dispositions que des principes qui en constituent le fondement »¹⁰⁶¹. Comme en conclut J.-Y. CARLIER et F. CREPEAU, la Cour de justice « invite les États à éviter le *pick-and-choose* et à décider s'ils jouent ou non dans la cour des grands »¹⁰⁶².

de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JO L 64 du 7 mars 2002, p.20.

¹⁰⁵⁶ Considérants 7 et 8 de la Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, du 28 novembre 2002, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328 du 5 décembre 2002, p.1.

¹⁰⁵⁷ Considérants 26 et 27 de la directive 2008/115/CE, précitée.

¹⁰⁵⁸ Considérant 6 de la directive 2001/40/CE du Conseil, du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 149 du 2 juin 2001, p.34.

¹⁰⁵⁹ Considérant 7 de la directive 2001/51/CE du Conseil, du 28 juin 2001, visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187 du 10 juillet 2001, p.45.

¹⁰⁶⁰ CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne (Frontex)*, aff. C-77/05, Rec., p. I-11459, (ci-après « *arrêt Frontex* »), point 41.

¹⁰⁶¹ Point 61 de l'arrêt *Frontex*, aff. C-77/05, précité. Voir dans le même sens à propos de la sécurisation des passeports européens, l'affaire : CJCE, 18 décembre 2007, C-137/05, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne (Passeports)*, aff. C-137/05, Rec., p. I-11593, point 50. Sur ces arrêts, voir notamment le commentaire de F. KAUFF-GAZIN, « Coopérations renforcées et participation du Royaume-Uni », *Europe*, 2008, Février, Comm. n° 36, p.14.

¹⁰⁶² J.-Y. CARLIER et F. CRÉPEAU, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », *AFDI*, Vol. LVII, 2011, p.661.

Enfin, le Royaume-Uni et l'Irlande ont fait jouer l'*opting-in* sur l'asile. Les deux États membres participent au règlement «Dublin» sur la désignation de l'État responsable de la demande d'asile¹⁰⁶³. Cette participation à la politique européenne d'asile peut être qualifiée d'utilitariste. Soumis à des flux migratoires importants de demandeurs d'asile sur leur territoire, notamment le Royaume-Uni, ils souhaitent voir ce nombre diminué. Et, parce que certains d'entre eux sont passés par d'autres États membres avant d'atteindre leur territoire, ils voient dans le système mis en place par le Règlement «Dublin III», un moyen de se décharger de la responsabilité du traitement de nombreuses demandes d'asile. Ces deux États membres appliquent également la directive 2004/83/CE concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts¹⁰⁶⁴, la directive 2001/55/CE relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil¹⁰⁶⁵ et la directive relative à des normes minimales concernant la procédure

¹⁰⁶³ Considérant 41 du règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (règlement «Dublin III», refonte de «Dublin II»), JO L 180 du 29 juin 2013, p.31 ; Considérant 41 du règlement (UE) n°603/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n°604/2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n°1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.1.

¹⁰⁶⁴ Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE n°L 304 du 30 septembre 2004, p.12 (abrogée par la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011).

¹⁰⁶⁵ Directive 2001/55/CE du Conseil, du 20 juillet 2001, relative aux normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212 du 7 août 2001, p.12.

d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres¹⁰⁶⁶.

Si le Royaume-Uni était initialement lié aux directives relatives à l'accueil et à la procédure en matière d'asile, c'était pour jouer de son influence au moment des négociations et faire en sorte que le niveau de protection des demandeurs d'asile soit le même dans tous les autres États membres, de manière à détourner les demandeurs de leurs territoires¹⁰⁶⁷. La Commission européenne a tenté par la suite de réviser ces deux directives en 2008 et 2009 mais sans succès. Le Royaume-Uni avait alors fait part lors de cette première révision avortée de sa volonté de ne plus participer aux directives. Cet État a également et logiquement décidé de ne pas participer à la refonte de ces deux directives, tout comme l'Irlande¹⁰⁶⁸. Il a notamment considéré que participer à la directive sur les conditions d'accueil l'obligerait à permettre aux demandeurs d'asile de travailler au bout de six mois, même si les demandes ont été refusées à la condition qu'un appel en recours ait été déposé contre la décision et craignait ainsi que les étrangers soient encouragés à faire des demandes d'asile non fondées. En ce qui concerne la directive relative aux procédures d'asile, elle avait comme conséquence de retarder le traitement des demandes d'asile.

Il faut toutefois préciser que si ces deux États peuvent participer ou non, selon leur propre volonté, au développement du droit européen des étrangers, il advient que leurs droits nationaux de l'immigration soient concurrencés par le droit de l'Union sans qu'ils puissent résister. C'est le cas notamment lorsqu'un citoyen de l'Union migre sur leur territoire et y revendiquent le regroupement familial avec un ressortissant de pays tiers. Ces deux États n'ont pas d'autre choix que de favoriser l'entrée de l'étranger sur leur territoire conformément à la directive 2004/38/CE et d'écarter l'application de leur propre droit de l'immigration¹⁰⁶⁹. L'arrêt *Metock*¹⁰⁷⁰ à l'origine de cette situation a logiquement été très contesté par ces deux

¹⁰⁶⁶ Directive 2005/85/CE du Conseil, du 1^{er} décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326 du 13 décembre 2005, p.13.

¹⁰⁶⁷ B. RYAN, « Royaume-Uni : Le pragmatisme poussé à l'extrême », *Plein droit*, 65-66, juillet 2005.

¹⁰⁶⁸ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.96. Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.60.

¹⁰⁶⁹ Pour une analyse plus détaillée de cette hypothèse, voir *supra*, Titre 1.

¹⁰⁷⁰ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, précité.

États, tout comme le Danemark au sein duquel les dirigeants politiques se sont particulièrement opposés à la solution rendue par la Cour de justice¹⁰⁷¹. À propos de cet arrêt, le Premier ministre Rasmussen a ainsi déclaré que « c'est le Danemark qui décide de la politique d'immigration, et celle-ci demeure inchangée même après cet arrêt de la Cour... Il y a beaucoup de pays comme le Danemark qui pensent que cette décision est déraisonnable. Nous ne voulons pas l'accepter »¹⁰⁷². Cette déclaration confirme la réticence de cet État membre vis-à-vis du développement d'un droit européen des étrangers. Pour preuve, il en a refusé la communautarisation au moment du Traité d'Amsterdam et y participe depuis d'une manière originale.

2. La participation originale du Danemark

La situation du Danemark doit être différenciée des deux autres en raison de sa spécificité. Contrairement au Royaume-Uni et l'Irlande, cet État membre a signé les accords de Schengen mais il en a refusé la communautarisation. Cet État refusait ainsi de quitter le terrain de la coopération intergouvernementale. Il a donc négocié un protocole particulier qui a été annexé au Traité d'Amsterdam afin d'aménager une position particulière pour cet État, position qui a été élargie à l'ensemble de l'espace de liberté, de sécurité et de justice par le protocole n°22 sur la position du Danemark tel que modifié par le Traité de Lisbonne¹⁰⁷³. Concrètement, s'il se voit appliquer l'acquis de Schengen et constitue une frontière extérieure de l'Union européenne, en revanche il ne se voit appliquer que l'acquis de Schengen, c'est-à-dire le droit existant en 1999, et ne participe pas *a priori* au développement de Schengen, c'est-à-dire au droit adopté depuis 1999. Et, comme le Royaume-Uni et l'Irlande, il ne participe pas non plus au titre V TFUE, et par conséquent aux mesures relatives à l'immigration et l'asile. Aucune des décisions adoptées dans ce cadre ne lui est opposable. Ensuite, à la différence du Royaume-Uni et de l'Irlande, le Danemark ne dispose pas de la possibilité de participer au cas par cas aux initiatives prises dans ce domaine.

¹⁰⁷¹ « EU Court secures right to family réunification », Euractiv, 31 juillet 2008, « Danish immigration law under fire after EU court ruling », EUobserver, 29 juillet 2008.

¹⁰⁷² « Le Danemark en désaccord avec un arrêt de la CJCE sur l'immigration », dépêche AFP du 05 août 2008.

¹⁰⁷³ Protocole n°22 sur la position du Danemark, JO C 83 du 30 mars 2010, p.299.

Cet État peut toutefois décider de transposer dans son droit national, dans un délai de six mois, une mesure adoptée sur le fondement de ce titre qui développe l'acquis de Schengen. Cette décision ne crée pas d'obligation de droit communautaire pour cet État, mais « une obligation de droit international entre le Danemark et les autres États membres ... »¹⁰⁷⁴. Le Danemark continue ainsi d'être inclus dans le système Schengen et participe aux décisions développant l'acquis Schengen mais refuse que les éléments de cet acquis soient du droit communautaire. Par conséquent, pour chacun de ces actes, une ratification est nécessaire et il peut refuser de le faire. La seule exception concerne les mesures déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres et les mesures relatives à l'instauration d'un modèle type de visa. Le Danemark n'est ainsi pas lié par la quasi-totalité des directives relatives à l'immigration et l'asile.

Cet État a, comme le Royaume-Uni et l'Irlande, signé également la convention de Dublin en 1990. Il n'y a donc pas de refus de principe de la part du Danemark à l'égard du développement d'une politique européenne en matière d'asile. Toutefois, il n'a pas participé à l'adoption du règlement «Dublin II»¹⁰⁷⁵ et du règlement «Eurodac»¹⁰⁷⁶. La Convention de Dublin I était donc toujours en vigueur dans l'attente de la conclusion d'un accord avec l'Union européenne. Cet État a finalement accepté d'étendre l'application du règlement «Dublin II» et du règlement «Eurodac» sur son territoire en 2006. Le recours à un accord international entre la Communauté et le Danemark, considéré dans un tel accord comme un État tiers, a donc été jugé nécessaire pour accéder à la demande de cet État de participer à ces règlements communautaires. En contrepartie, le Danemark a accepté de reconnaître la compétence de la Cour de justice tant pour l'interprétation que pour l'application des accords et des règlements concernés. Il a également accepté d'être lié par tout amendement aux règlements en question et de contribuer financièrement aux coûts entraînés par le système

¹⁰⁷⁴ Article 5 du protocole n°22, précité.

¹⁰⁷⁵ Considérant 18 et 19 du règlement (CE) n°343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (Dublin II), JO L 50 du 25 février 2003, p.1.

¹⁰⁷⁶ Considérant 21 du règlement (CE) n°2725/2000 du Conseil, du 11 décembre 2000, concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins d'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316 du 15 décembre 2000, p.1.

–Eurodac”¹⁰⁷⁷. Cependant, le Danemark ne participe pas à l’adoption des modifications de ces règlements, et elles ne lui sont pas applicables. Il peut néanmoins notifier à la Commission, dans un délai de 30 jours à compter de l’adoption des modifications, sa décision d’appliquer celles-ci ou non. C’est ainsi que pour la refonte de ces deux textes, cet État a indiqué qu’il n’y participait pas¹⁰⁷⁸.

Pour conclure, le droit européen des étrangers constitue une politique très spécifique du point de vue de sa géographie et confirme la variabilité des normes applicables à la situation de l’étranger selon l’État membre d’accueil. Cette variabilité géographique de ce droit est accentuée par la participation de certains États tiers à son développement.

B. Un espace élargi en externe

La Norvège et l’Islande sont associées à la convention de Schengen sur la base de l’accord conclu par le Conseil au nom de la Communauté et de l’Union avec l’Islande et la Norvège sur l’association de ces deux États à la mise en œuvre, à l’application et au développement de l’acquis de Schengen¹⁰⁷⁹. Ils sont devenus parties prenantes de la Convention de Dublin par le biais de l’accord entre la Communauté européenne, la République d’Islande et le Royaume de Norvège sur les critères et les mécanismes permettant de déterminer l’État responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans un État

¹⁰⁷⁷ Décision n°2006/188/CE du Conseil du 21 février 2006 relative à la conclusion de l’accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark, étendant au Danemark les dispositions du règlement (CE) n°343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l’État membre responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’un des États membres par un ressortissant d’un pays tiers, et du règlement (CE) n°2725/2000 du Conseil concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l’application efficace de la convention de Dublin, JO L 66 du 8 mars 2006, p.37.

¹⁰⁷⁸ Considérant 42 du règlement (UE) n°604/2013, précité ; considérant 51 du règlement (UE) n°603/2013, précité.

¹⁰⁷⁹ Accord conclu par le Conseil de l’Union européenne, la République d’Islande et le Royaume de Norvège sur l’association de ces deux états à la mise en œuvre, à l’application et au développement de l’acquis de Schengen - Acte final, JO L 176 du 10 juillet 1999, p.36.

membre, en Islande ou en Norvège¹⁰⁸⁰.

Ces deux accords¹⁰⁸¹ permettent à ces deux États d'être associés aux discussions en y exprimant leur point de vue. Ils gardent toutefois la possibilité de s'opposer à l'application des actes adoptés par l'Union dans leur ordre juridique dans un délai de trente jours. Ils ont par exemple appliqué la directive dite « retour »¹⁰⁸² parce qu'elle « constitue - dans la mesure où elle s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen - un développement des dispositions de l'acquis de Schengen au sens de l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen »¹⁰⁸³.

Deux autres États non-membres de l'Union participent également aux mécanismes du système Schengen et Dublin II : la Suisse et le Liechtenstein. Face au refus de la Communauté de la voir ne participer qu'à l'acquis de Dublin et non à celui de Schengen, la Suisse a finalement accepté les deux et un accord politique a été trouvé le 19 mai 2004 dans le cadre des « Bilatérales II ». Deux accords, l'un l'associant à l'espace Schengen¹⁰⁸⁴ et l'autre à

¹⁰⁸⁰ Protocole à l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège, JO L 57 du 28 février 2006.

¹⁰⁸¹ Décision n°2006/167/CE du Conseil, du 21 février 2006, relative à la conclusion d'un protocole à l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège, JO L 57 du 28 février 2006, p.15. Le règlement « Dublin II » et le règlement Eurodac s'appliquent, en vertu du droit international, aux relations entre le Danemark, d'une part, et l'Islande et la Norvège, d'autre part. Les modifications et les mesures d'exécution du règlement Dublin II et du règlement Eurodac, notifiées par le Danemark à la Commission, s'appliquent aussi à leurs relations. La Norvège ou l'Islande, en cas de plainte de leur part concernant l'application ou l'interprétation par le Danemark du protocole, peuvent demander que la question soit inscrite à l'ordre du jour du comité mixte. Si le litige ne peut être réglé par le comité dans un délai maximal de trois mois, le présent protocole cesse d'être applicable.

¹⁰⁸² Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, précitée.

¹⁰⁸³ Considérant 28 de la directive 2008/115/CE, précitée.

¹⁰⁸⁴ Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, conclu le 26 octobre 2004, entré en vigueur le 1^{er} mars 2008 (RO 2008 481). Accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, JO L 53 du 27 février 2008, p.52.

l'espace Dublin¹⁰⁸⁵, ont été signés le 26 octobre 2004 et ont été approuvés par les Chambres fédérales le 17 décembre 2004, en même temps que les modifications de la législation fédérale nécessaires à leur mise en œuvre¹⁰⁸⁶. Ils ont été acceptés par voie référendaire le 5 juin 2005. Une fois que l'évaluation Schengen a abouti, le Conseil a fixé l'entrée en vigueur de l'acquis de Schengen pour la Suisse au 12 décembre 2008. Depuis le 29 mars 2009, la Suisse est entièrement intégrée dans la coopération opérationnelle Schengen/Dublin. Les deux accords étant liés par une clause réciproque d'application, la mise en application de l'accord associant la Suisse à Schengen et Dublin est intervenue simultanément.

Concernant la refonte du règlement Dublin, le Conseil fédéral a décidé d'appliquer provisoirement une grande partie des dispositions du nouveau règlement –Dublin III” à partir du 1er janvier 2014¹⁰⁸⁷, en même temps que les autres États Dublin. En observant le délai de deux ans auquel elle avait droit, la Suisse aurait pu appliquer les nouvelles réglementations près d'une année et demie après les autres États Dublin. Cependant, cet État a considéré que cette situation entraînerait des problèmes pratiques et pouvait nuire aux relations que la Suisse entretient avec les autres États Dublin. Seules les dispositions du règlement –Dublin III” portant sur la procédure Dublin seront appliquées à titre provisoire, car elles sont directement applicables et ne doivent pas être transposées dans une loi. Les dispositions qui sont contraires au droit suisse en vigueur ne peuvent, quant à elles, être appliquées provisoirement. Il s'agit, par exemple, de celles régissant la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi dans le cadre de la procédure Dublin.

Initialement, la Communauté avait refusé d'associer le Liechtenstein aux négociations menées avec la Suisse, en raison de l'absence d'un accord sur la fiscalité de l'épargne. À

¹⁰⁸⁵ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, conclu le 26 octobre 2004, entré en vigueur le 1er mars 2008 (RO 2008 515). Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, JO L 53 du 27 février 2008, p.5.

¹⁰⁸⁶ Arrêté fédéral du 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre des accords bilatéraux d'association à l'Espace Schengen et à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin, RS 362.

¹⁰⁸⁷ Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement (UE) n°604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale (Développement de l'acquis de Dublin/Eurodac) (FF 2014 2637), 26 septembre 2009.

partir de 2004, le Conseil a autorisé la Commission à entamer des négociations, qui ont abouti à la signature de deux protocoles permettant son adhésion aux accords Dublin et Schengen avec la Suisse¹⁰⁸⁸. Cet État est désormais associé à l'acquis de Schengen et de Dublin. La levée des contrôles aux frontières intérieures a été décidée par le Conseil de l'Union européenne le 13 décembre 2011, après consultation du Parlement européen et à la suite d'une évaluation, dans les domaines pertinents, de l'aptitude de l'État à appliquer l'intégralité des dispositions Schengen¹⁰⁸⁹.

Cette fragmentation géographique du droit européen des étrangers joue *a minima* sur la possibilité de mise en concurrence des droits nationaux dès lors que peu d'États membres ne participent pas à son développement. Les options de législations pour l'étranger entrant sur le territoire de l'Union européenne ont surtout pour origine la fragmentation matérielle du droit européen des étrangers.

Paragraphe 2. La fragmentation matérielle du droit de l'Union des étrangers

Certes, « l'eupéanisation n'est pas le fait de la nature, c'est une construction. Elle est plus ou moins facile selon le domaine (...) »¹⁰⁹⁰, affirme ainsi M. TANDONNET. Et, la construction d'un droit européen des étrangers fait partie de ces domaines où les résistances étatiques ont été et demeurent particulièrement fortes et freinent ainsi le processus d'eupéanisation des droits nationaux. Dans ce contexte de résistances très marquées des États à une communautarisation de la politique migratoire, le Traité d'Amsterdam a pourtant

¹⁰⁸⁸ Protocole entre la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif à l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et mécanismes de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre ou en Suisse, JO L 160 du 18 juin 2011, p.39. Protocole entre l'Union européenne, la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, JO L 160 du 18 juin 2011, p.3.

¹⁰⁸⁹ Décision 2011/842/UE du Conseil, du 13 décembre 2011, relative à l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen dans la Principauté de Liechtenstein, JO L 334 du 16 décembre 2011, p.27.

¹⁰⁹⁰ M. TANDONNET, *Le grand bazar de l'Europe face à l'immigration*, p.369.

constitué une avancée majeure dans le développement d'une politique migratoire européenne. Toutefois, l'architecture institutionnelle qu'il consacrait demeurait marquée par l'empreinte des États membres qui ne souhaitaient pas abandonner une large part de leur souveraineté dans ce domaine. Et, la majorité des textes relatifs au droit des étrangers a été adoptée sous l'empire de cette architecture et a particulièrement souffert du principe d'unanimité dès lors qu'il fallait obtenir le consentement de l'ensemble des États membres. La recherche d'un compromis a conduit à ce que les textes adoptés soient *in fine* une addition des droits nationaux, voire un sanctuaire des politiques nationales (A). Si la disparition complète du principe de l'unanimité pouvait laisser présager un droit européen des étrangers moins dicté par les intérêts de chaque État membre, l'exemple des premières directives adoptées selon la procédure législative ordinaire est un test relativement décevant puisqu'elles réitérent les mêmes défauts des directives antérieures (B).

A. La mainmise initiale des États membres sur le contenu des directives

Le bilan quantitatif en termes de textes européens adoptés en matière d'immigration et d'asile, et ce dans un laps de temps relativement court, pourrait être, selon H. DUMONT, « un motif suffisant pour se réjouir »¹⁰⁹¹. Ce bilan témoigne, selon ce même auteur, que les États membres ont compris la nécessité d'une politique européenne¹⁰⁹² dans ce domaine. En effet, il est tout à fait légitime de faire valoir qu'en moins d'une trentaine d'années, et malgré l'initiale communautarisation partielle de la question, le périmètre juridique a été défini et des progrès en matière d'harmonisation ont effectivement été réalisés dans un domaine recouvrant l'un des objets traditionnels de la souveraineté des États. Ce n'est pas faux. Le bilan normatif est même jugé positif.

Pour autant, il ne faut pas conclure trop hâtivement sans s'interroger au préalable sur la substance des normes en question. Car, c'est surtout du point de vue qualitatif que la question du degré d'harmonisation du droit des étrangers se pose, ou plus précisément celle

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² *Ibid.*

de l'intensivité normative des directives adoptées. Avec la communautarisation de la politique d'immigration et d'asile, il était loisible de penser que les « manifestations de la souveraineté des États au sein du statut de l'étranger disparaîtraient au profit d'une véritable volonté d'harmonisation entre les différents États membres »¹⁰⁹³. Or, une analyse plus précise du contenu des directives prouve que le droit de l'Union relatif aux étrangers demeure marqué par les résistances étatiques et continue d'être fragmenté. Les textes adoptés au niveau européen ne neutralisent donc pas toute mise en concurrence des droits nationaux.

A priori, la raison est simple. Le processus d'harmonisation du droit des étrangers a été contrarié par un cadre institutionnel garantissant initialement aux États membres la maîtrise de la procédure d'élaboration et d'adoption des directives. C'est ainsi que H. LABAYLE affirme qu'« on comprend donc bien à la lecture du traité que la volonté des États membres de placer le curseur au plus près de leurs intérêts commande le contenu de la politique migratoire »¹⁰⁹⁴ (1). Dans ce contexte, l'harmonisation s'est réduite à des partitions communautaires mal écrites, autrement dit à un droit communautaire de faible normativité et dominé par les crispations nationales (2).

1. Le poids des États dans le processus initial d'adoption des directives d'harmonisation

Le processus d'harmonisation s'est trouvé biaisé par les obstacles inhérents à l'architecture institutionnelle transitoire mise en place par le Traité d'Amsterdam. Les États, rédacteurs du traité, ont entendu conserver un poids important dans la prise de décision. C'est donc dans le cadre institutionnel transitoire que la majorité des directives a été adoptée. Pendant 5 ans, les États membres sont restés maîtres de la politique d'asile et d'immigration. Sur ce point, D. BIGO a dénoncé une « contamination dangereuse »¹⁰⁹⁵ du pilier

¹⁰⁹³ C. COURNIL, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, op. cit., p.25.

¹⁰⁹⁴ H. LABAYLE, « Vers une politique commune dans l'Union européenne », in F. JULIEN-LAFFERRIÈRE, H. LABAYLE et Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.23.

¹⁰⁹⁵ D. BIGO, « Les non-dits de la sécurité intérieure », in F. DE LA SERRE et C. LEQUESNE (dir.), *Quelle*

communautaire par la méthode intergouvernementale. Dans le même sens, H. LABAYLE a réprouvé « les conditions détestables »¹⁰⁹⁶ de l'élaboration des directives symbolisant les « déficiences normatives de l'Espace de liberté, sécurité et justice »¹⁰⁹⁷.

La précarité de ce cadre normatif initial s'explique par le maintien de la règle de l'unanimité avec une consultation simple du Parlement européen¹⁰⁹⁸. Or, les directives adoptées montrent que l'exigence de l'unanimité « a eu dans ce domaine des effets pires que dans d'autres »¹⁰⁹⁹. Elle a considérablement appauvri le contenu des textes. L'adoption des textes étant conditionnée par l'acceptation de tous les États membres, ces derniers ont souvent fait soit des concessions, soit du marchandage pour éviter toute paralysie du processus.

Dans ce contexte, la Commission, soucieuse d'obtenir le consentement de l'ensemble des États membres, a ainsi du soumettre le plus souvent des propositions de directives moins ambitieuses que les copies originales. Car, en cas d'opposition d'un seul État, l'adoption d'un texte pouvait être bloquée pendant plusieurs années. Ce fut le cas par exemple de la directive relative aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié¹¹⁰⁰, qui a fait l'objet d'une opposition vigoureuse de la part de l'Allemagne, cet État refusant notamment l'inclusion de dispositions reconnaissant la persécution de la part d'acteurs non-Étatiques et ne souhaitant pas que les droits reconnus aux réfugiés statutaires, notamment en matière de protection sociale, soient étendus aux bénéficiaires de la protection subsidiaire.

Les compétences matérielles des institutions communautaires ont été également exhaustivement limitées par le Traité d'Amsterdam puisque limitées à l'adoption de normes minimales¹¹⁰¹ et non de normes imposant un nivellement vers le haut des législations

union pour quelle Europe ? L'après traité d'Amsterdam, Bruxelles, Complexe, 1998, pp.43 et s.

¹⁰⁹⁶ H. LABAYLE, « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *RFDA*, 2007, pp.101 et s.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

¹⁰⁹⁸ Selon les termes de l'article 67 paragraphe 1 (61 à 69) du traité CE.

¹⁰⁹⁹ P. DE BRUYCKER, « Politique européenne d'immigration », in P. DE BRUYCKER (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, Collection de la Faculté de droit, ULB, 2003, p.93.

¹¹⁰⁰ Directive 2005/85/CE du Conseil, du 1^{er} décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, précitée.

¹¹⁰¹ Selon les termes de l'article 63 du traité CE.

nationales. Retenir cette notion pour harmoniser le droit d'asile et l'immigration trahissait la volonté des États de ne pas abandonner leur souveraineté au profit du législateur européen en la matière. En effet, l'harmonisation minimale est un processus qui permet aux institutions européennes de fixer seulement un socle minimal commun aux États membres. Le choix d'une harmonisation minimale a ainsi l'avantage de permettre aux États membres une réelle marge d'appréciation lors de la transposition de la directive dans leur droit interne qui peut alors préserver ses spécificités. L'État membre a seulement l'obligation de respecter un socle de protection minimale.

Ce processus est alors voué à produire des effets différenciés entre les États membres, à aboutir un droit de grande flexibilité. Certes, l'harmonisation minimale autorise également les États à aller au delà, en prévoyant généralement de manière expresse dans une disposition spécifique que les États membres peuvent adopter des mesures plus strictes ou des mesures de protection renforcées. Mais, cette pratique, qui a été validée par la Cour de justice, favorise également des possibilités de différenciation¹¹⁰².

Il est vrai que l'uniformisation n'était pas l'objectif inscrit dans le Traité d'Amsterdam et le recours à l'harmonisation minimale pouvait sembler logique dans une Union hétérogène où les États ne souhaitent pas permettre une détérioration de leurs normes nationales. Cependant, cette méthode est critiquable par les potentialités de différenciation qu'elle engendre. L'harmonisation a, particulièrement dans ce domaine, « conduit à une difficile gestion des normes du fait de la pluralité des compétences »¹¹⁰³. En France, le Sénat a ainsi évoqué une harmonisation « en trompe l'œil »¹¹⁰⁴. La doctrine est également unanime sur la qualification d'« imposture »¹¹⁰⁵ ou d'« impressionnisme juridique »¹¹⁰⁶, pour ne reprendre que quelques exemples de qualificatifs attribués au processus amorcé. Ce qui frappe, en effet, c'est la faible normativité des textes européens. Cette souplesse se perçoit particulièrement

¹¹⁰² CJCE, 23 mai 1990, *Procédure pénale contre Gourmetteria Van den Burg*, aff. C-169/89, *Rec.* p. I-02143.

¹¹⁰³ S. POILLOT-PERUZETTO, « Question de méthodes, question d'Europe », *JCP G*, n°12, 21 mars 2007, pp.48 et s.

¹¹⁰⁴ Communication de R. DEL PICCHIA, 8 octobre 2003.

¹¹⁰⁵ C. LANTERO, « L'intégration de l'asile dans les politiques d'immigration : un amalgame opportun ? », in C. BERTRAND C. (dir.), *L'immigration dans l'Union européenne, aspects actuels de droit interne et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions sociologiques, 2008, p.100.

¹¹⁰⁶ P. ICARD, « Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne : Un impressionnisme juridique », *op. cit.*, pp.125 et s.

dans la latitude laissée aux États membres vis-à-vis de certaines dispositions si bien que l'harmonisation procède plus à une consolidation des mesures nationales déjà existantes qu'à une véritable recomposition des règles relatives au droit de l'immigration et de l'asile.

Ce constat d'un régime migratoire européen composé des droits nationaux résulte plus précisément du fait que les différentes « techniques légistiques désastreuses »¹¹⁰⁷ utilisées soit en amont soit au cours des négociations afin de parvenir au consensus imposé par le principe de l'unanimité ont « invers[é] le rapport entre principe contraignant et l'exception laissée à la discrétion des États »¹¹⁰⁸.

2. Les répercussions sur le contenu des directives d'harmonisation

L'élaboration des directives a particulièrement connu de nombreux dysfonctionnements dans ce domaine si bien que l'expression d'un « droit européen dérivé vulnérable »¹¹⁰⁹ est particulièrement appropriée pour décrire l'harmonisation du droit des étrangers. P. DE BRUYCKER précise ainsi que « les États membres ont (...) déployé des trésors d'inventivité pour conserver au niveau national la plus grande marge de manœuvre possible en s'appuyant durant les négociations des premiers instruments législatifs au sein du Conseil sur l'exigence d'unanimité pour vider une partie substantielle de leur contenu les propositions de directive de la Commission »¹¹¹⁰.

Les premières négociations au niveau européen se sont en effet heurtées à la réticence des États à l'idée de retenir des normes trop rigides. Plus encore, pendant ces négociations,

¹¹⁰⁷ C. PICHERAL, « L'apport du Traité de Lisbonne aux politiques européennes d'asile et d'immigration », *RDUE*, n°547, avril 2011, p.231.

¹¹⁰⁸ H. DUMONT, « La politique européenne d'immigration – Synthèse des travaux en atelier », in J-Y CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXèmes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, collection de la bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain, 2010, pp.365-387.

¹¹⁰⁹ P. ICARD, « Quelques réflexions sur la vulnérabilité du droit communautaire dérivé », in *Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur. Liber Amicorum Gilles Darcy*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.381 et s.

¹¹¹⁰ P. DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, pp.351-352.

certaines États, frappés de « schizophrénie normative »¹¹¹¹, ont durci leur législation sur l'immigration pour ensuite l'imposer au niveau européen. À cet égard, G. ELKAÏM évoque une conception peu « vertueuse » de la négociation puisqu'elle est « alors prise en otage » par un ou deux (rarement plus, et souvent un d'ailleurs) États membres »¹¹¹². Autrement dit, les États membres exigent de l'Union « qu'elle soit le rempart de leurs choix nationaux »¹¹¹³.

Finalement, les attributs des souverainetés étatiques ont été préservés et ne semblent pas avoir été menacés par le développement d'une politique migratoire européenne¹¹¹⁴. Dès les premières négociations au niveau communautaire, les États membres ont été rétifs à l'idée de retenir des normes strictes en matière d'asile et d'immigration. La concrétisation d'un régime harmonisé a, par conséquent, soulevé de houleuses discussions entre les États membres préoccupés par l'idée de préserver une marge de manœuvre suffisamment large. C'est pourquoi, les directives adoptées en matière d'immigration et d'asile présentent, du point de vue de leur contenu, des caractéristiques originales. La méthode d'harmonisation consacrée par la Commission européenne a permis aux États d'introduire dans les textes des restrictions qui leur étaient propres aboutissant *in fine* à un corpus normatif « peu consistant »¹¹¹⁵, qui peut être analysé comme un quasi-degré zéro d'harmonisation. Ce qui frappe, en effet, c'est la faible normativité des textes communautaires. Cette souplesse se perçoit dans la latitude laissée aux États membres vis-à-vis de certaines dispositions.

La première tactique des États membres a tout d'abord été mise en œuvre en amont des négociations des directives. C'est l'un des effets pervers des négociations mis en exergue par G. ELKAÏM qu'il nomme « la transposition à l'envers »¹¹¹⁶. Cette expression fait

¹¹¹¹ D. BOUTELLET-PAQUET, « Un droit d'asile qui s'effrite », *Plein Droit*, n°57, juin 2003.

¹¹¹² G. ELKAÏM, « Quelques remarques, du point de vue du négociateur », in J.-F. LAFFERRIERE, H. LABAYLE et Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, pp.85 et s.

¹¹¹³ A. HEYMANN-DOAT, « Les immigrés et l'Europe », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochack*, Paris, LGDJ, 2007, p.115.

¹¹¹⁴ H. DUMONT, « La politique européenne d'immigration – Synthèse des travaux en atelier », *op. cit.*, p.375.

¹¹¹⁵ P. DE BRUYCKER, « le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile », in F. JULIEN-LAFFERRIERE, H. LABAYLE et Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.49.

¹¹¹⁶ G. ELKAÏM, « Quelques remarques du point de vue du négociateur », *op. cit.*, p.88.

précisément référence aux cas où des États membres s'affairent à adopter des textes nationaux pour ensuite les faire valoir au niveau de l'Union. Il s'agit d'une pure stratégie des États membres pour imposer leurs solutions nationales aux autres États membres au cours des négociations. Certes, il existe une « version vertueuse »¹¹¹⁷ lorsque ces États membres adoptent des textes nationaux en tenant compte des propositions de la Commission formulées dans le cadre des débats. C'est ainsi que la loi française du 10 décembre 2003¹¹¹⁸ a introduit dans le droit interne la « protection subsidiaire » qui se substituait à l'asile territoriale, transposant ainsi par avance la proposition de directive relative aux conditions d'octroi du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire présentée le 12 septembre 2001 par la Commission européenne. Certes, la loi ne reprenait pas tous les éléments de la directive à l'identique, comme par exemple en ajoutant la « menace réelle de la peine de mort » parmi les motifs d'attribution de la protection subsidiaire. Mais, il s'agissait dans l'ensemble d'une anticipation de la transposition future. Toutefois, il existe une « version moins vertueuse »¹¹¹⁹ lorsque les États adoptent un texte différent, ne prenant pas en compte les éléments faisant débat au niveau européen, et l'instrumentalise en opposant la situation nationale à la négociation au sein de l'Union. La négociation fait ainsi naître des rapports de force entre les États membres, souvent au profit de un ou deux.

La seconde tactique des États membres a ensuite été mise en œuvre au moment même des négociations en utilisant des techniques pour échapper au rapprochement des législations nationales. Ces techniques ont conduit alors à dire à certains auteurs, comme C. GUILLARD, qu'elles ont favorisé une absence d'« unité normative »¹¹²⁰.

La première technique a consisté à inscrire dans la directive des « dérogations taillées sur mesure pour certains États membres » leur permettant de déroger à la règle prévue par le texte. G. ELKAÏM évoque à ce propos un « marché des clauses optionnelles qui pervertit l'harmonisation »¹¹²¹ ayant dominé au cours des négociations entre les États au sein du

¹¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹¹⁸ Loi n°2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi numéro 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JO n°286 du 11 décembre 2003, p.21080.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2007, p.247.

¹¹²¹ G. ELKAÏM, « Quelques remarques du point de vue du négociateur », *op. cit.*, p.88

Conseil. Une rapide étude sémantique des textes prouve ainsi que les États *peuvent* plus qu'ils ne *doivent*. À cet égard, la directive sur le regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidents légalement sur le territoire européen¹¹²² est un exemple caricatural de l'inclusion de dérogations à la carte dans une directive communautaire. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les propos tenus par H. LABAYLE qui regrette que « sur une vingtaine d'articles à portée juridique, la directive n'ouvre pas moins de vingt cinq possibilités de dérogations essentielles (!), sans compter que ces dispositions sont rythmées par un renvoi systématique à la compétence discrétionnaire des États membres. Ambiguïtés et contradictions jalonnent donc le texte, véritable prix imposé par les négociateurs pour aboutir formellement »¹¹²³. Est ainsi emblématique la concession faite au gouvernement allemand de pouvoir subordonner l'admission des enfants de plus de 12 ans se présentant seuls à la frontière à la satisfaction d'un critère d'intégration prévu par la législation nationale¹¹²⁴. Il s'agit d'une dérogation négociée pour un seul État membre.

La seconde technique a consisté à multiplier les renvois systématiques aux droits nationaux dans la directive. À titre d'exemple, l'article 11 de la directive dite «accueil»¹¹²⁵ permet aux États de rester maîtres de ce domaine sensible qu'est l'accès au marché du travail alors même qu'il s'agissait d'une des différences essentielles entre les politiques nationales et donc d'un aspect important de l'harmonisation à réaliser. Certains États consacraient, en effet, dans leur droit national le droit d'accès à l'emploi pour les demandeurs d'asile¹¹²⁶. Mais, d'autres États se sont opposés à l'octroi d'un tel droit. Les négociations ont donc débouché sur un consensus minimaliste. Les États peuvent ainsi légalement priver les demandeurs d'asile du droit d'accès à l'emploi pendant un an ou pour des motifs liés à leur politique du

¹¹²² Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, JO L 251 du 3 novembre 2003, p.12.

¹¹²³ H. LABAYLE, « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *op. cit.*, pp.101 et s.

¹¹²⁴ Article 4, al. 1 d) de la directive 2003/86/CE, précitée : « Par dérogation, lorsqu'un enfant a plus de 12 ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'État membre peut, avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation existante à la date de la mise en œuvre de la présente directive. »

¹¹²⁵ Directive 2003/9/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31 du 6 février 2003, p.18.

¹¹²⁶ L'accès immédiat à l'emploi est autorisé en Grèce, tandis que le délai d'attente est de 20 jours au Portugal, de 3 mois en Autriche et en Finlande, de 4 mois en Suède, de 6 mois en Italie, en Espagne, aux Pays-Bas et à Chypre, et de 9 mois au Luxembourg.

marché du travail¹¹²⁷.

Pis encore, les directives contiennent parfois des dispositions non contraignantes. Pour ne prendre qu'un exemple, l'article 4 de la directive 2003/86/CE sur le regroupement familial octroie son bénéfice aux seuls conjoint du regroupant et aux enfants de moins de 15 ans de celui-ci ou de son conjoint¹¹²⁸. Les États gardent en revanche un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non ce droit à d'autres membres de la famille. Certains États comme la France, l'Allemagne ou l'Autriche se sont, en effet, opposés à un élargissement de la cellule familiale. Cette opposition n'était pas inattendue puisqu'ils ne reconnaissent dans leur législation, à la différence de la majorité des autres États membres, ni les ascendants, ni les enfants majeurs comme bénéficiaires du regroupement familial¹¹²⁹.

À côté de ces multiples clauses optionnelles et de renvois au droit national, il y a également des dispositions, certes contraignantes, mais renvoyant dans le même temps aux droits nationaux le soin de préciser une partie de leur contenu en leur laissant une marge de manœuvre variable selon les cas. Par exemple, l'article 14 paragraphe 2 de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial impose aux États membres de reconnaître aux membres de la famille du regroupant, ressortissant de pays tiers, le droit d'exercer une activité professionnelle. Mais, elle laisse également le soin aux États membres de fixer, « conformément à leur droit national, les conditions dans lesquelles des membres de la famille exercent une activité salariée ou indépendante. Ces conditions prévoient un délai, qui ne peut en aucun cas dépasser douze mois, au cours desquels les États membres peuvent examiner la situation sur leur marché du travail avant d'autoriser les membres de la famille à exercer une activité salariée ou indépendante ». Autre exemple, alors que le paragraphe 2 de l'article 14 permet aux résidents, ressortissants de pays tiers, d'accéder au marché du travail d'un autre État membre, son paragraphe 3 offre dans le même temps aux États la capacité d' « examiner la situation de leur marché du travail et appliquer leurs procédures nationales concernant les exigences relatives au pourvoi d'un poste ou à l'exercice de telles activités » économiques à titre salarié ou indépendant. Surtout, il autorise les États à accorder notamment la préférence

¹¹²⁷ Article 11 de la Directive 2003/09/CE, précitée.

¹¹²⁸ Chapitre II, article 4, al. 6 de la directive 2003/86/CE, précitée.

¹¹²⁹ Voir sur ce point « le regroupement familial », *Les documents de travail du Sénat*, série législation comparée, février 2006.

aux ressortissants des autres États membres pour des motifs liés à la politique du marché du travail. De même, si l'article 11 la directive 2003/09/CE relative aux normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile pose le principe de l'accès possible du demandeur au marché du travail de l'État membre d'accueil, son paragraphe 4 limite ensuite ce droit en affirmant que « pour des motifs liés à leur politique du marché du travail, les États membres peuvent accorder la priorité aux citoyens de l'Union et à ceux des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier ». Dans le même sens, le considérant 18 de la directive relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, d'échanges d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat¹¹³⁰ pose le principe général de l'accès des étudiants au marché du travail dans les conditions énoncées dans la directive, pour ensuite le limiter puisqu'il autorise, dans des cas exceptionnels, les États membres à tenir compte de la situation de leur marché national du travail¹¹³¹.

Ces quelques exemples ont en commun de donner aux États membres une large marge de manœuvre concernant particulièrement l'accès au marché du travail de l'État membre d'accueil, que ce soit pour les demandeurs d'asile, les membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers ou encore des étudiants étrangers. Elle s'explique aisément. Du point de vue des États membres, elle illustre précisément leur refus catégorique d'abandonner des parcelles de souveraineté dans un domaine aussi sensible que la gestion des marchés nationaux de l'emploi. Du point de vue de l'Union, elle consacre la préférence communautaire dans ce domaine. Cela signifie plus précisément, aux termes de la résolution du Conseil du 20 juin 1994, que « les États membres prendront en compte les demandes d'accès sur leur territoire en vue d'emploi seulement quand l'offre d'emploi proposée dans un État membre ne peut pas être pourvue par la main d'œuvre nationale et communautaire ou par la main d'œuvre non communautaire qui réside d'une façon permanente et légale dans cet État membre et qui appartient déjà au marché régulier du travail dans cet État membre »¹¹³². Selon ce principe, le marché européen de l'emploi doit s'entendre des ressortissants de l'État

¹¹³⁰ Directive 2004/114/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, JO L 375 du 23 décembre 2004, p.12.

¹¹³¹ Chapitre IV, article 17, al. 1. de la directive 2004/114/CE, précitée.

¹¹³² Résolution du Conseil, du 20 juin 1994, concernant la limitation de l'admission des ressortissants des pays tiers dans les États membres à des fins d'emploi, JO C 274 du 19 septembre 1996, p.3.

considéré, des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers en situation régulière. Le principe d'opposabilité de la situation de l'emploi (ou examen du marché de l'emploi) vise alors à s'assurer qu'il n'existe aucun candidat disponible sur le marché national de l'emploi national pour l'emploi considéré.

Enfin, les directives confèrent aux États membres un pouvoir d'interprétation pour diverses dispositions clés, ce qui a pour effet d'annuler l'effet d'harmonisation recherché. La rédaction des dispositions communautaires s'avère, en effet, le plus souvent ambiguë. Par exemple, l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2003/86/CE sur le regroupement familial à propos des titulaires du droit est particulièrement flou. Selon cet article, « La présente directive s'applique lorsque le regroupant est titulaire d'un titre de séjour délivré par un État membre d'une durée de validité supérieure ou égale à un an, ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent ». Il pose ainsi un critère objectif mais également un critère subjectif, la « perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent ». Il revient donc aux États d'apprécier souverainement si le ressortissant de pays tiers souhaite s'établir dans l'avenir sur leur territoire.

Certes, ces multiples clauses accordées aux États membres permettent de parvenir à un consensus. D'autant plus que ces textes ont été adoptés sous l'empire du principe de l'unanimité, permettant à chaque État de faire jouer son droit de veto. Mais, d'une part, le fait d'accepter une clause à la demande d'un État met les autres en position d'en exiger aussi. D'autre part, et surtout, ces dispositions ne favorisent pas le rapprochement des droits nationaux. Ce point est bien expliqué par G. ELKAÏM lorsqu'il affirme que « trois dérogations donnent six cas possibles d'utilisation d'un texte, quatre dérogations quatorze cas, et les mathématiques permettent de montrer qu'on arrive vite à des milliers de combinaisons possibles. On a donc une norme théoriquement européenne qui se traduit, quand les transpositions sont faites, par des centaines de normes possibles »¹¹³³. Ces quelques exemples non exhaustifs font également dire à P. DE BRUYCKER que le principe de primauté du droit de l'Union sur les droits internes devient assez relatif en matière d'immigration et d'asile¹¹³⁴.

Il est permis d'en conclure que le contenu des directives adoptées à l'unanimité peut

¹¹³³ G. ELKAÏM, « Quelques remarques du point de vue du négociateur », *op. cit.*, p.87.

¹¹³⁴ P. DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », *op. cit.*, pp.351-352.

être regardé comme une cartographie mouvante des droits nationaux, dans laquelle chaque État a l'opportunité de maintenir sa législation, voire de la modifier sur un mode restrictif. De fait, cette harmonisation à géométrie variable laissait présager soit des conditions d'application diverses d'un État à un autre, soit un alignement des législations nationales sur les dispositifs les plus restrictifs.

À la lecture des directives d'harmonisation, une chose est alors évidente : les États membres sont toujours les maîtres du jeu en matière d'immigration et d'asile. La « friabilité du droit communautaire dérivé »¹¹³⁵ prouve que les États membres ne sont pas prêts à voir une législation européenne se substituer complètement à leurs droits internes. Les développements qui précèdent permettent de mettre en lumière que le processus initial d'adoption des textes n'était pas un levier suffisant pour une harmonisation ambitieuse du droit des étrangers. Mais, ce mode d'adoption initiale des directives, c'est-à-dire l'unanimité, est-il la cause de la fragilité du droit européen des étrangers ? Pour y répondre, l'examen des directives adoptées selon la procédure législative ordinaire qui a été consacrée définitivement par le Traité de Lisbonne fournit des clés intéressantes. En effet, l'harmonisation s'inscrit aujourd'hui dans un contexte institutionnel modifié.

B. La mainmise renouvelée des États membres sur le contenu des directives après le Traité de Lisbonne

La problématique du degré d'harmonisation se renouvelle à la lumière de la nouvelle dynamique institutionnelle consacrée par le Traité de Lisbonne qui contribue à réduire, au moins théoriquement, les aspects paralysants qui subsistaient (1). Cette levée des obstacles juridiques peut-elle être un vecteur d'une harmonisation plus poussée du droit des étrangers ? L'analyse des premiers textes adoptés selon la procédure législative ordinaire, apporte un début de réponse à cette interrogation. Et, à l'image des textes adoptés selon le principe de l'unanimité, les récentes directives s'imprègnent également des différentes spécificités des États membres (2).

¹¹³⁵ P. ICARD, « Quelques réflexions sur la vulnérabilité du droit communautaire dérivé », *op. cit.*, pp.381 et s.

1. Le nouveau cadre normatif consacré par le Traité de Lisbonne

Le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 par les États membres de l'Union modifie considérablement les dispositions actuelles en vigueur relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il convient d'en préciser les innovations déterminantes pour le droit d'asile et l'immigration. Des progrès substantiels consacrent, en effet, « une volonté de normalisation » de ces jeunes « politiques » sur le modèle des autres politiques communautaires « classiques »¹¹³⁶. Le traité élargit considérablement les compétences normatives et matérielles de l'Union pour les questions relatives à cet espace et vient ainsi combler les carences imputées au Traité d'Amsterdam.

D'une part, l'amélioration substantielle du processus décisionnel dans ces matières présume une plus grande efficacité dans la mise en œuvre des politiques. Il officialise les changements institutionnels prévus par le « programme de la Haye »¹¹³⁷ adopté à l'issue de la période transitoire en 2004. Plus précisément, il soumet les questions du droit d'asile et de l'immigration à la procédure législative ordinaire¹¹³⁸, c'est-à-dire à la règle de la codécision¹¹³⁹ et de la majorité qualifiée¹¹⁴⁰. Ces changements sont salutaires tant l'unanimité applicable à ces matières s'est révélée, comme il a été observé précédemment, être un frein à toute prise de décision ambitieuse. Cette nouvelle architecture doit en théorie faciliter l'adoption de mesures relatives au rapprochement des législations nationales et à l'établissement à terme de véritables politiques communes puisque le droit de veto national est considérablement réduit.

¹¹³⁶ D. SORIANON et B. JESUS-GIMENO, « L'apport du Traité de Lisbonne dans les domaines justice, liberté et sécurité », », *Gaz. Pal.*, 19 juin 2008, n°171, p.43.

¹¹³⁷ Le programme de La Haye. Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, Conseil européen de Bruxelles. Conclusions de la présidence, 4 et 5 novembre 2004, JO C du 3 mars 2005, p.1 et le plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice au sein de l'Union européenne, JO C 198 du 12 août 2005, p.1. Les modifications ne concernaient que le droit d'asile. Le regroupement familial n'était pas concerné. Pour une étude générale sur le programme, voir R. GENSON, « Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le programme de La Haye (2005-2010) », *RMCE*, 2005, pp.172-176.

¹¹³⁸ Article 251 TFUE.

¹¹³⁹ Article 63 TFUE (procédure rebaptisée « procédure législative ordinaire »).

¹¹⁴⁰ Article 205 TFUE.

C'est ainsi que l'article 79 TFUE réserve désormais le droit d'initiative à la Commission, ce qui est un progrès vers la rationalisation du processus décisionnel. Cependant, les États conservent au travers du conseil européen un pouvoir considérable pour la fixation des priorités et de l'agenda en matière de frontière, asile et immigration. De même, le rôle du Parlement européen est accru et donne une dimension démocratique au processus législatif puisque la procédure ordinaire implique la codécision.

D'autre part, sur le plan matériel, alors que le Traité d'Amsterdam envisageait essentiellement des normes minimales en matière d'asile et d'immigration, le Traité de Lisbonne vise désormais le développement de « politiques communes ». Le nouveau titre V inséré dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à « l'Espace de liberté, de sécurité et justice » qui comprend un chapitre 2 s'intitulant « politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration » fait, en effet, référence plusieurs fois à cette notion¹¹⁴¹.

Certes, le fait d'avoir qualifié dans le Traité de Lisbonne les politiques d'immigration et d'asile de « communes » ne modifie en rien la répartition des compétences entre l'Union et les États étant donné que « politique commune ne signifie pas compétence exclusive de l'Union »¹¹⁴². Ces domaines demeurent, en effet, expressément présentés comme relevant de la catégorie des compétences partagées¹¹⁴³. Plus précisément, ils appartiennent à la catégorie de « compétences conjointes à dominante nationale » qui selon l'énumération des compétences présentée par V. MICHEL¹¹⁴⁴, se trouve à côté des compétences exclusives « par nature » et des compétences susceptibles de devenir exclusives « par exercice ». Ce faisant, les États demeurent titulaires de la compétence de principe et conservent une marge de manœuvre en vue d'agir dans les domaines considérés, même en cas d'exercice de leurs pouvoirs par les institutions de l'Union.

¹¹⁴¹ Article 78 TFUE : « L'Union développe une politique commune en matière d'asile... » ; Article 79 : « L'Union développe une politique commune de l'immigration... »

¹¹⁴² P. DE BRUYCKER, « Le traité de Lisbonne et les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », *RAE*, n°2, 2007-2008, pp.223-241.

¹¹⁴³ Article 4 TUE.

¹¹⁴⁴ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., pp.158-166, V. MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », op. cit., pp.63-69.

Il convient cependant de relever avec H. LABAYLE une « variation sémantique »¹¹⁴⁵ déterminante par rapport au traité d'Amsterdam puisque « les politiques migratoires font ainsi appel à la notion classique de "politique commune" en matière d'asile, d'immigration et de franchissement des frontières extérieures, signe d'une intégration assumée »¹¹⁴⁶. Les objectifs assignés à cette politique sont en outre plus clairement exprimés dans le Traité de Lisbonne, les articles 77, 78 et 79 TFUE faisant désormais référence à la mise en œuvre progressive d'un « système intégré de gestion des frontières extérieures », d'un « système européen commun d'asile » et de mesures « en vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur leur territoire ».

Mais, cette politique commune ne couvre pas l'ensemble du droit des étrangers. Il demeure des poches de compétence nationale, des prérogatives nationales exprimant fortement la souveraineté des États membres. Le premier, l'ordre public, relève traditionnellement de la compétence exclusive des États membres et a toujours été une limite à l'intervention communautaire¹¹⁴⁷. Ce « pouvoir résiduel des autorités nationales »¹¹⁴⁸ est par exemple une limite classique à la libre circulation des personnes¹¹⁴⁹. La politique migratoire européenne ne déroge pas à ce principe bien établi en droit de l'Union. C'est ainsi que l'article 72 TFUE affirme que « le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». La deuxième limite matérielle à la compétence de l'Union concerne l'immigration aux fins d'emploi. Ce domaine relève également de la compétence exclusive des États membres. Cette réserve de compétence étatique a été introduite, à la demande de l'Allemagne, par le traité de Lisbonne à l'article 79, paragraphe 5, TFUE. L'immigration économique est, en effet, un sujet sensible car il touche aux objectifs et compétences des États en matière d'emploi et de politique économique. L'article 79 TFUE assure aux États membres le droit de fixer les volumes de l'immigration économique sur leur territoire, et ce « quelque soit le degré d'intégration que la politique commune d'immigration

¹¹⁴⁵ H. LABAYLE, « L'espace de liberté, sécurité et justice : la nouvelle frontière ? », *Europe*, juillet 2008, p.55 et s.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ Voir notamment la thèse de E. NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, op. cit.

¹¹⁴⁸ F. HUBEAU, « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz Communautaire*, Paris, Dalloz, 1992, paragraphe 51.

¹¹⁴⁹ Voir *Supra*, Partie 1, Titre 2, chapitre 1.

attendra dans l'avenir »¹¹⁵⁰ comme le regrette P. DE BRUYCKER. Avant le Traité de Lisbonne, deux résolutions avaient été adoptées par le Conseil relatives à l'admission des ressortissants de pays tiers sur le territoire à des fins d'emploi¹¹⁵¹ et aux fins d'exercice d'une activité professionnelle indépendante¹¹⁵². En vertu de ces résolutions, les États membres ont adopté une approche commune quant aux critères que devront remplir les ressortissants de pays tiers et la valeur qu'ils peuvent ajouter à l'économie du pays d'accueil. Cette réserve n'est donc pas absolue. Elle ne concerne que la première admission sur le territoire de l'Union et non les ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans un État membre qui circulent dans un autre État membre. La compétence de l'Union couvre l'accès à l'emploi et au régime de sécurité sociale des travailleurs migrants. Cette réserve a été inscrite dans le traité pour répondre à la crainte des États face à l'élargissement, l'extension de l'application de la procédure législative ordinaire et la majorité qualifiée dans le domaine migratoire. Elle est inscrite au paragraphe 5 de l'article 79 TFUE qui précise que « le présent article n'affecte pas le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, en provenance de pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié ». P. DE BRUYCKER relève qu'il s'agit là d'un « de rassurer les États membres sur le fait qu'ils ne perdront pas, malgré la disparition de leur droit de veto lié à l'unanimité appelé à laisser place à la majorité qualifiée comme règle de vote au sein du Conseil, la mainmise sur le volume de l'immigration économique sur leur territoire, et ce quel que soit le degré d'intégration que la politique commune d'immigration atteindra dans l'avenir, sauf à réviser le traité »¹¹⁵³. La troisième limite concerne l'intégration. Ce n'est pas un objectif de la politique commune selon l'article 79 TFUE paragraphe 1. L'Union ne peut donc agir directement et immédiatement dans ce domaine. C'est une priorité mais pas un objectif lié à la compétence de l'Union. L'article 79 TFUE paragraphe 4 exclut ainsi l'harmonisation dans ce domaine. L'Union n'a seulement qu'une compétence d'appui, de coordination n'aboutissant donc pas au dessaisissement de la compétence des États.

¹¹⁵⁰ P. DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », *op. cit.*, p.354.

¹¹⁵¹ Résolution du Conseil, du 20 juin 1994, concernant la limitation de l'admission des ressortissants des pays tiers dans les États membres à des fins d'emploi, JO C 274 du 19 septembre 1996, p.3.

¹¹⁵² Résolution du Conseil, du 30 novembre 1994, concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, JO C 274 du 19 septembre 1996, p.7.

¹¹⁵³ P. DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », *op. cit.*, p.354.

Certes, sur le plan matériel, il n'y a pas eu de changements, si ce n'est sur le plan de la sémantique. Le Traité de Lisbonne innove cependant lorsqu'il soumet les questions relatives à l'immigration et l'asile à un contrôle plus étroit et à la pleine compétence de la Cour de justice. Les questions préjudicielles n'étaient antérieurement pas ouvertes aux juges de premier ressort en raison de la crainte d'un engorgement de la Cour de justice¹¹⁵⁴. De même, elle n'était pas compétente pour statuer sur les mesures relatives à la circulation interne portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure¹¹⁵⁵. La suppression de ces deux limites à la compétence de la Cour de justice laisse également présager le développement d'un droit européen homogène en matière d'asile et d'immigration. En effet, une interprétation jurisprudentielle commune des directives permet de circonscrire les divergences persistantes entre États membres.

À la lecture du Traité de Lisbonne, l'individualisme des États semble se réduire progressivement au profit du niveau européen. Pour autant, les réticences nationales sont-elles dépassées ? Certes, la nouvelle architecture institutionnelle consacrée crée « un heureux contraste avec l'État du droit antérieur » affirme ainsi C. PICHERAL¹¹⁵⁶. L'apport de la révision pourrait être annonciateur de futures directives de meilleure qualité normative dans ce domaine, plus précisément à l'abri de dispositions favorables aux États membres. En ce sens, il est possible de voir dans les avancées du traité de Lisbonne un « motif d'optimisme »¹¹⁵⁷. Cependant, les directives adoptées en matière d'immigration et d'asile selon la procédure législative ordinaire viennent contrarier cet optimisme.

2. Les directives adoptées après l'adoption du Traité de Lisbonne : un test décevant

La lecture des directives adoptées sous l'empire du Traité de Lisbonne, selon la procédure législative ordinaire, interroge sur la capacité du nouveau processus décisionnel à

¹¹⁵⁴ Article 68, paragraphe 1 TCE.

¹¹⁵⁵ *Ibid*, paragraphe 2.

¹¹⁵⁶ C. PICHERAL, « L'apport du Traité de Lisbonne aux politiques européennes d'asile et d'immigration », *op. cit.*, pp.225 et s.

¹¹⁵⁷ H. DUMONT, « La politique européenne d'immigration : synthèse des travaux en atelier », *op. cit.*, p.382.

garantir une harmonisation qualitativement supérieure. Plus précisément, le degré d'harmonisation atteint par une directive s'accroît-il avec une adoption du texte à la majorité qualifiée au sein du Conseil ? L'examen de leur contenu amène à relativiser l'automatisme entre procédure législative ordinaire et directive de meilleure qualité normative. Une directive n'est pas nécessairement à l'abri d'aménagements négociés par les États membres si bien qu'il est possible d'évoquer un émiettement de la norme européenne. En dépit du renforcement du pouvoir des institutions de l'Union européenne, les États membres occupent toujours une place incontournable dans le processus décisionnel. Celui-ci demeure « piloté »¹¹⁵⁸ par les États membres.

À cet égard, la directive « retour »¹¹⁵⁹, premier texte adopté sous l'empire du Traité de Lisbonne, est emblématique et fournit des clés intéressantes. Elle multiplie également les exceptions, les dérogations et les renvois au droit national, si bien que les normes et procédures qu'elle fixe sont loin d'être unifiées. Elle n'a finalement que pour objet d'encadrer les droits nationaux. Elle n'impose aux États qu'une obligation de résultat. Les États membres restent libres de définir les conditions dans lesquelles un séjour peut être qualifié d'irrégulier ainsi que les procédures d'éloignement. Concernant tout d'abord la définition du séjour irrégulier fixée par la directive, celle-ci rend le champ d'application personnel de la directive variable en raison des différentes « poches de résistance du droit national »¹¹⁶⁰. Certes, la directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en situation irrégulière sur le territoire d'un État de l'espace Schengen. *A priori*, le champ d'application personnel de la directive est donc strictement fixé. Il dépend malgré tout de la volonté étatique en raison de la définition du séjour irrégulier qu'elle pose. Le séjour irrégulier se définit, en effet, comme étant « la présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet État membre

¹¹⁵⁸ C. BALLEIX, *La politique migratoire de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, coll. Réflexeurope, 2013, p.73.

¹¹⁵⁹ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, précitée.

¹¹⁶⁰ F. MARTUCCI, « La directive « retour » : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *op. cit.*, pp.47 et s.

»¹¹⁶¹. Sous réserve des règles communautarisées par le code frontières Schengen pour les séjours d'une durée inférieure à trois mois, pour le reste, l'irrégularité varie, puisque la police des étrangers diffère d'un État à l'autre. Les États disposent donc d'une marge de manœuvre pour définir les critères et les conditions de l'irrégularité du séjour et déterminer les personnes relevant du champ de la directive. C'est d'autant plus vrai que la directive autorise également les États à ne pas appliquer ce texte à certains ressortissant d'un pays tiers¹¹⁶². Le champ d'application obligatoire de la directive se limite donc aux ressortissants de pays tiers entrés légalement sur le territoire national mais dont le séjour est devenu irrégulier.

Concernant ensuite la procédure d'éloignement, si la directive impose à l'État l'obligation d'adresser une « décision de retour » au ressortissant du pays tiers en situation irrégulière sur son territoire¹¹⁶³, pour exécuter son obligation, il bénéficie d'une grande autonomie institutionnelle et procédurale. La procédure est loin d'être harmonisée, tout comme le contenu de la « décision de retour » qui demeure déterminé par le droit national¹¹⁶⁴.

La directive «retour» n'est pas la seule illustration du phénomène d'emprise des États sur le contenu des textes. Elle a été un premier test décevant mais ce n'est pas un cas isolé. Elle n'est que la première d'une longue série de directives arborant les mêmes défauts. En effet, depuis 2008, d'autres directives ont été adoptées selon la procédure législative ordinaire et, ont réitéré les même techniques de défausse nationale existantes dans les directives adoptées postérieurement. Ce sont par exemple, les directives relatives à l'asile qui ont pour objet d'opérer une refonte des directives préexistantes¹¹⁶⁵ qui continuent de poser, selon l'expression de M.-L. BASILIEN GAINCHE des « dérogations inquiétantes »¹¹⁶⁶. Dans le même sens, la directive 2009/50/CE établissant les conditions d'entrée et de séjour des

¹¹⁶¹ Article 3, point b, de la directive 2008/115/CE, précitée.

¹¹⁶² Article 2, paragraphe 2, de la directive 2008/115/CE, précitée.

¹¹⁶³ Article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE, précitée.

¹¹⁶⁴ L'article 3, point c), de la directive 2008/115/CE, précitée.

¹¹⁶⁵ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.96. Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.60. Pour une étude plus détaillée, voir *infra*, Chapitre II.

¹¹⁶⁶ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe*, février 2014, n°2, p.8

ressortissants des pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié¹¹⁶⁷ harmonise également *a minima*. Pourtant, elle est relative à une catégorie d'étrangers peu controversée puisqu'elle a pour but de renforcer l'attractivité de l'Union à l'égard des étrangers souhaitant immigrer aux fins d'emploi hautement qualifié. Les États membres sont tous confrontés à des défis semblables de pénurie de main-d'œuvre et au vieillissement de la population. *A priori*, ce texte devait faire l'unanimité mais les politiques nationales relatives à l'immigration hautement qualifiée étant disparates, il a été difficile d'aller au delà d'un cadre minimum tant les positions différentes se défendaient au moment des négociations. Par conséquent, les États *peuvent* plus qu'ils ne *doivent*. Au final, les États membres conservent le droit de déterminer le volume d'admissions de ressortissants d'États tiers appartenant à cette catégorie¹¹⁶⁸. Peut être également évoquée la directive 2011/98/UE établissant une procédure commune simplifiée pour les ressortissants de pays tiers qui demandent à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre, ainsi qu'un socle commun de droits pour les immigrants qui résident légalement dans un État membre ou encore, en matière d'immigration irrégulière¹¹⁶⁹. Alors même que cette directive a pour objectif de conférer à ces travailleurs des droits équivalents aux nationaux, l'article 12 dudit texte permet toutefois aux États d'instaurer des limites à l'égalité de traitement.

Ces exemples, qui pourraient être multipliés, prouvent que l'affirmation selon laquelle le faible degré d'harmonisation des directives adoptées avant le Traité de Lisbonne était imputé à la procédure initiale d'adoption doit être très largement relativisée. Le passage du principe de l'unanimité à celui de la majorité qualifiée ne semble pas contribuer à l'adoption de directives plus ambitieuses. Tant que les États membres tentent de résister par tout moyen à une substitution de leurs droits nationaux par des dispositions de l'Union européenne, le droit européen des étrangers ne peut que demeurer à géométrie variable.

¹¹⁶⁷ Directive 2009/50/CE du Conseil, du 25 mai 2009, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155 du 18 juin 2009, p.17.

¹¹⁶⁸ Considérant 8 de la directive 2009/50/CE, précitée : « La présente directive ne devrait pas porter atteinte au droit qu'ont les États membres de déterminer des volumes d'admission de ressortissants de pays tiers entrant sur leur territoire aux fins d'un emploi hautement qualifié ».

¹¹⁶⁹ Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, JO L 343 du 23 décembre 2011, p.1.

Les textes finalement adoptés selon la procédure législative ordinaire ne prévoient également qu'une harmonisation résiduelle, logiquement favorable au droit national. Les mêmes techniques utilisées pour les anciennes directives ont été utilisées et vident partiellement l'harmonisation de sa substance.

Pour conclure, l'analyse du contenu des textes européens harmonisant le droit des étrangers démontre que l'intervention de l'Union européenne ne se traduit pas un fort degré de rapprochement des règles de droit. Cette saisie de l'étranger par le droit de l'Union est bien source de tensions entre les deux niveaux, Union européenne et États membres. Ces derniers ne souhaitant pas se voir dessaisir d'un domaine particulièrement lié à leur souveraineté, ils ont trouvé des parades leur permettant de maîtriser le contenu du droit européen relatif aux ressortissants de pays tiers. La catégorie européenne de l'étranger est au final interétatique, loin d'être unifiée, reflet des droits nationaux. L'étranger demeure alors dans un environnement de mise en concurrence des droits nationaux.

SECTION 2. LA PERSISTANCE D'UNE MISE EN CONCURRENCE DES DROITS NATIONAUX FAVORABLE AUX ÉTATS MEMBRES

Les insuffisances de l'harmonisation européenne conduisent à ce que les États soient confortés dans leurs pratiques nationales et par conséquent, la mise en concurrence des droits nationaux persiste. L'harmonisation *a minima* du droit des étrangers a, en effet, pour conséquence des conditions d'application diverses d'un État à un autre puisque chacun a l'opportunité de maintenir sa législation. Il subsiste donc des inégalités entre les étrangers se trouvant dans la même situation mais dans des États différents, générant potentiellement une concurrence entre les États membres ne souhaitant pas de flux migratoires trop importants sur leur territoire. Ce maintien d'une disparité des législations nationales est toutefois depuis le Traité de Lisbonne progressivement contenu par la jurisprudence de la Cour de justice qui a vu ses compétences élargies (Paragraphe 1). Cette harmonisation *a minima* peut également, dans certains cas, aboutir paradoxalement à un alignement des législations nationales, mais sur les dispositifs les plus restrictifs négociés par certains États, et ce, au détriment des étrangers (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Des États membres confortés dans leurs législations nationales

En principe, l'harmonisation ne conduit pas nécessairement à une unification des règles de droit mais à rapprocher les législations des différents États membres. L'harmonisation est, en effet, le moyen par lequel « les règles tendent seulement à se rapprocher autour de principes communs mais peuvent rester différentes »¹¹⁷⁰. De ce point de vue, il faut admettre que l'harmonisation en matière de droit des étrangers a bien conduit à un rapprochement substantiel des règles nationales relatives à l'asile et l'immigration.

¹¹⁷⁰ M. DELMAS-MARTY, « le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003, p.39

Cependant, en pratique, les directives ont paradoxalement conforté les États membres dans leurs pratiques nationales et cristallisé un droit de l'asile et de l'immigration à géométrie variable.

Les directives adoptées sont ainsi peu contraignantes à leur égard. Il est alors aisé de démontrer avec C. BERTRAND qu'« il n'y pas là une politique commune mais, sous couvert d'actes adoptés en commun, la réaffirmation que le domaine en question continue d'être maîtrisé par les États et qu'il s'agit d'une politique qui reste nationale »¹¹⁷¹. En fait, l'espace juridique européen en matière d'immigration et d'asile « est entièrement lacéré de frontières par les législations des États lorsqu'il confère à l'étranger un statut »¹¹⁷². La catégorie juridique de l'étranger, pourtant saisie par le droit de l'Union, demeure marquée par l'emprunte des États membres qui, privilégiant le repli national au détriment du développement d'un intérêt européen, nuisent à la cohérence de la gestion en commun de l'immigration. Les directives ne neutralisent pas toujours la marge de manœuvre des États membres qui peuvent alors maintenir des dispositions nationales qui leurs sont propres au moment de la transposition dans le droit interne (A). Cependant, depuis la «normalisation» du contentieux en matière d'immigration et d'asile, la Cour de justice tente progressivement combler les carences du législateur européen, limitant ainsi la mise en concurrence des droits nationaux (B).

A. Le maintien de disparités nationales

Il y a un grand écart entre d'une part les objectifs politiques et juridiques des textes européens relatifs à l'immigration et l'asile et, d'autre part, leur transposition dans les droits nationaux. L'exemple du droit d'asile est à cet égard révélateur. Alors que tous ses éléments constitutifs ou presque ont été saisis par le droit de l'Union, l'harmonisation du droit d'asile ne met pas fin ou ne réduit pas les mouvements secondaires de personnes demandeuses de

¹¹⁷¹ C. BERTRAND, « Les conditions d'une politique commune de l'immigration : apports et limites du traité de Lisbonne », *Europe*, février 2010, pp.5 et s.

¹¹⁷² P. ICARD, « L'immigrant en droit communautaire : histoire d'espaces traversés de frontières », *op. cit.*, p.253.

protection dès lors que le traitement des demandes d'asile est loin d'être unifié. Il demeure, en effet, des différences importantes dans l'octroi de la protection que les États de l'Union doivent juridiquement aux personnes persécutées. À ce titre, H. LABAYLE relève que « La litanie de ces écarts est longue, en fonction du lieu où leur demande de protection est formulée »¹¹⁷³. Le rappel de J. BARROT¹¹⁷⁴ qui note que là où trois États membres, la Belgique, l'Italie et la Suède prennent environ une décision positive d'asile pour quatre demandes présentées, la Slovaquie, la Grèce ou la Slovénie en prennent seulement trois pour cent, ne manque pas de confirmer les difficultés à dépasser les velléités nationales.

Cette inégalité manifeste favorise très logiquement le risque de *law shopping* contrariant *de facto* les objectifs de l'harmonisation européenne. En définitive, chaque État continue de mener sa propre politique sans souci de cohérence au niveau de l'Union. Comme l'affirme J.-P. ALLAUX, très critique, « peu importe, aux yeux des États occidentaux, que l'asile s'apparente à un jeu de hasard », à un « asile à la courte-paille occidentale »¹¹⁷⁵.

Pourtant, c'est pour éviter l'*asylum shopping*, qu'a été adoptée en 2003 (avant d'être revue en 2013), la directive relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres¹¹⁷⁶. Elle s'applique aux demandeurs d'asile et d'une protection internationale, aux apatrides et aux membres de leurs familles, et ce, dès qu'une demande a été présentée et même si les bénéficiaires font l'objet d'une procédure visant à les faire réadmettre dans un autre État en vertu des critères «Dublin II» (devenu «Dublin III»)¹¹⁷⁷. De

¹¹⁷³ H. LABAYLE, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *op. cit.*, p.273 et s.

¹¹⁷⁴ J. BARROT, *Bulletin quotidien Europe*, 19 février 2000, n°9843, p.8.

¹¹⁷⁵ J.-P. ALLAUX, « L'asile à la courte-paille », in C. RODIER et E. TERRAY (dir.), *Immigration : fantasmes et réalités : pour une alternative à la fermeture des frontières*, Paris, La découverte, coll. Sur le vif, 2008, p.72.

¹¹⁷⁶ Directive 2003/09/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, précitée.

¹¹⁷⁷ CJUE, 27 septembre 2012, *Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) contre Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, aff. C-179/11, non encore publié au Recueil. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de E. AUBIN, « Le Conseil d'État et l'accueil des étrangers en attente de réadmission », *AJDA*, 2014, p.1049 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Obligations d'octroi des conditions minimales d'accueil aux demandeurs d'asile —«dublinés» » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 octobre 2012 ; C. BOUTAYEB, « L'obligation pour les États membres de l'Union d'accorder des conditions minimales d'accueil aux demandeurs d'asile —«dublinés» », *RDSS*, 2013 p.73 ; J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013 n°197 p.103 ; D. SIMON, « Conditions minimales d'accueil », *Europe*, 2012, Novembre, Comm. n° 11, p.22.

même, la directive «qualification», adoptée le 29 avril 2004¹¹⁷⁸ (avant d'être revue fin 2011)¹¹⁷⁹ harmonise les critères de reconnaissance de la qualité de réfugié au titre de la Convention de Genève et propose également une définition commune de la notion de protection subsidiaire. Enfin, la directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié, adoptée le 1^{er} décembre 2005¹¹⁸⁰ (avant d'être revue en 2013), vise à harmoniser la garantie d'un examen individuel, impartial et objectif des demandes d'asile.

Cette harmonisation ambitieuse du droit d'asile n'a pas suffi à endiguer les disparités nationales. Elles s'expliquent par le fait que les directives adoptées en ce domaine ont souffert d'une transposition à la carte dans les droits nationaux autorisée par le contenu même des directives. Les étrangers entrant sur le territoire de l'Union demeurent soumis à un régime de l'asile pluraliste selon l'État membre d'accueil. La Commission européenne reconnaît elle-même tous ces dysfonctionnements dans ses activités de suivi relatives à chaque directive et dans les études d'impact accompagnant ses récentes propositions de refonte de la législation en vigueur. C'est ainsi qu'elle regrette que « l'important pouvoir discrétionnaire laissé par la directive [2003/09/CE dite «condition d'accueil» avant sa refonte] dans différents domaines (...) va à l'encontre de l'objectif consistant à faire en sorte que des règles identiques soient appliquées en matière de conditions d'accueil »¹¹⁸¹.

L'examen des faits suffit, en effet, à démontrer que de fortes disparités nationales persistent concernant les conditions matérielles d'accueil, l'accès au marché du travail ou

¹¹⁷⁸ Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304 du 30 septembre 2004, p.12 (abrogée par la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011).

¹¹⁷⁹ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JO L 337 du 20 décembre 2011, p.9.

¹¹⁸⁰ Directive 2005/85/CE du Conseil, du 1er décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, précitée.

¹¹⁸¹ Rapport de la Commission du 26 novembre 2007 au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/09/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, COM (2007) 745, p.11.

encore l'accès aux soins. De même, elle souligne dans son rapport d'évaluation sur la directive 2004/83/CE dite « qualification » que « l'objectif visant à uniformiser les dispositions relatives aux conditions requises pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale ainsi qu'au statut des bénéficiaires d'une telle protection internationale, et relatives au contenu de la protection accordée n'a pas été totalement réalisé dans la première phase d'harmonisation »¹¹⁸². La directive 2005/85/CE dite « procédure » avant sa refonte maintient également un pouvoir discrétionnaire des États membres important et, par conséquent, la multiplication de régimes procéduraux qui sont aussi nombreux que les États composant l'Union européenne¹¹⁸³. Plus encore, la Cour de justice¹¹⁸⁴ a paralysé la procédure et d'adoption et de modification des listes de pays sûrs prévue à l'article 29, §1 et 2. Il en résulte que le droit de l'Union laisse, pour l'heure, la possibilité aux États de posséder des listes à titre transitoire, c'est ce qu'a d'ailleurs fait la France dès 2003¹¹⁸⁵. Les États membres maintiennent donc une marge de manœuvre et un pouvoir d'appréciation très larges en matière d'asile. Dans ce contexte, les normes nationales demeurent « de véritables frontières juridiques parcourant le statut communautaire du demandeur d'asile »¹¹⁸⁶.

Cet état de fait a conduit à ce que l'ensemble de ces textes fasse l'objet d'une refonte

¹¹⁸² Rapport de la Commission du 16 juin 2010 sur l'application de la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, COM (2010) 314 final, p.16.

¹¹⁸³ Proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale, Bruxelles, 1 juin 2001, COM(2011) 319 final.

¹¹⁸⁴ CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-133/06, *Rec.*, 2008, p. I-03189. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de A. MASSON, « Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l'arrêt du 6 mai 2006 », *CDE*, 2008, p.157.

¹¹⁸⁵ Article 2 de la loi n°2003-1176 du 10 décembre 2003 avait donné compétence au Conseil d'administration de l'OFPRA pour fixer la liste des « pays d'origine sûrs » conformément aux modalités suivantes : « Le conseil d'administration fixe (...) pour la période comprise entre la date d'entrée en vigueur de la loi n°2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n°52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile et l'adoption de dispositions communautaires en cette matière, la liste des pays considérés comme des pays d'origine sûrs, mentionnés au 2° de l'article 8. Il délibère sur les modalités de mise en œuvre des dispositions relatives à l'octroi du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire ». Sur le fondement de la loi du 10 décembre 2003, par décision du 30 juin 2005 (JO du 2 juillet 2005), le Conseil d'administration de l'OFPRA a établi une première liste de douze pays qu'il a considérés comme « d'origine sûrs » au sens de l'article L.741-4-2 du CESEDA.

¹¹⁸⁶ P. ICARD, « L'immigrant en droit communautaire : histoire d'espaces traversés de frontières », *op. cit.*, p.253.

en juin 2013. Le Pacte européen sur l'immigration et l'asile de 2008¹¹⁸⁷ avait, en effet, invité la Commission à présenter des propositions de modification des directives. Cet objectif avait été de nouveau affirmé en 2009 par le programme de Stockholm¹¹⁸⁸ qui prévoit que les demandeurs d'asiles bénéficient d'un traitement de niveau équivalent partout dans l'Union. C'est ainsi que les conditions de son traitement par l'État membre responsable ont été réformées¹¹⁸⁹.

De manière plus générale, l'harmonisation du droit des étrangers souffre d'une application à la carte par les États membres en raison des nombreuses échappatoires, dérogations, concédées aux États par les directives. Tout comme les textes relatifs à l'asile, les directives relatives à l'immigration illégale ou légale ne neutralisent pas la possibilité de rapports compétitifs entre les droits nationaux.

Face au maintien des disparités nationales permis par les directives, se pose alors la question du rôle du juge de l'Union à limiter ce jeu concurrentiel et son éventuelle capacité à encadrer le développement de stratégies normatives des États membres.

B. La concurrence normative horizontale contenue progressivement par la Cour de justice

Si l'intervention de la Cour de la justice a été marginalisée au commencement de la construction d'un droit européen de l'étranger, comme le remarque C. PICHERAL, la jurisprudence récente « laisse apparaître qu'un rôle grandissant sera attribué à la fonction interprétative assumée par la Cour européenne de Justice »¹¹⁹⁰.

La compétence de la Cour de justice était limitée sous l'empire du traité instituant la

¹¹⁸⁷ Document du Conseil n°13440/48.

¹¹⁸⁸ Programme de Stockholm, *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JO C 115 du 4 mai 2010.

¹¹⁸⁹ Pour une analyse de la refonte des directives relatives à l'asile, voir *infra*, Chapitre 2, Section 2.

¹¹⁹⁰ J.-P. JACQUES, « Les réfugiés », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, p.430.

Communauté européenne¹¹⁹¹. La raison en est simple. D'une part, les États ont préservé toutes leurs compétences en matière de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures pour des motifs d'ordre public et de sécurité intérieure. La Cour ne pouvait donc aucunement statuer. D'autre part, le traité CE limitait la compétence préjudicielle de la Cour de justice aux seules juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnels de droit interne mettant alors à mal sa contribution à une interprétation et à une application uniformes du droit de l'Union, ainsi qu'à une meilleure protection juridictionnelle des étrangers¹¹⁹².

Par conséquent, la Cour de justice n'est initialement intervenue principalement que pour rappeler aux États membres à leurs obligations de transposition. En dehors de l'arrêt rendu sur le recours en annulation contre la directive relative au droit au regroupement familial, l'intervention de la Cour de justice a été relativement minime. Pourtant, le défaut de précision des directives nécessitait des interprétations de la Cour de justice afin « de compléter ou d'arbitrer les oppositions »¹¹⁹³.

Cependant, « ce temps de latence » paraît révolu » depuis notamment l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui normalise le contentieux en matière d'asile et d'immigration. Et, il faut se féliciter avec C. PICHERAL que la Cour de justice puisse désormais « renforcer le niveau d'harmonisation atteint au sein de l'Union européenne »¹¹⁹⁴ en resserrant « le degré de contrainte exercé sur les États (...) »¹¹⁹⁵. Et, elle a depuis joué effectivement un rôle très actif¹¹⁹⁶. Le contentieux relatif à l'immigration et l'asile est désormais très riche. Le nombre d'arrêts rendus est particulièrement important dans ces

¹¹⁹¹Y. PASCOUAU, *La politique migratoire de l'Union européenne : De Schengen à Lisbonne*, Paris, LGDJ, 2010, coll. Thèses, p.273.

¹¹⁹² La Cour a souligné à propos du renvoi préjudiciel que « Limiter la possibilité de saisir la Cour aurait pour effet de mettre en cause l'application et l'interprétation uniformes du droit communautaire dans l'ensemble de l'Union, et risquerait ainsi de priver les particuliers d'une protection juridictionnelle effective et de porter atteinte à l'unité de la jurisprudence ». Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du TUE, Luxembourg, mai 1995, *RTDE*, 1995, pp.678-689, sp. p.681.

¹¹⁹³ J.-Y. CARLIER et F. CRÉPEAU, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », *op. cit.*, p.655.

¹¹⁹⁴ C. PICHERAL, « L'œuvre de la Cour de justice dans la politique européenne d'asile et d'immigration », *RDUE*, n°545, février 2011, p.118.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ Voir notamment : Etude du Parlement européen : « Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration », auteurs : H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, avril 2012.

matières si bien qu'il n'est pas possible de tous les envisager ici. Un détour par quelques arrêts suffit cependant à démontrer le fort encadrement jurisprudentiel des applications nationales des clauses inscrites dans les directives qui offrent *a priori* une large marge de manœuvre aux États membres.

Tout d'abord, en matière d'immigration légale, peut être évoqué l'arrêt *Chakroun*¹¹⁹⁷, rendu à propos de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial¹¹⁹⁸. Cet arrêt est emblématique car cette directive a souvent été jugée comme harmonisant *a minima*, laissant aux États une marge importante de manœuvre. Cet arrêt a ainsi constitué la première occasion pour la Cour, saisie de l'interprétation d'une disposition optionnelle de la directive relative aux conditions d'exercice du regroupement familial par le juge néerlandais, d'en rendre une interprétation. Plus précisément, elle était invitée à interpréter l'article 7, c) de la directive qui prévoit que l'État membre peut exiger de la personne qui introduit la demande de regroupement d'apporter la preuve de « ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné ». En application de cette disposition, le législateur néerlandais prévoyait d'une part, qu'un individu devait toucher 120% du revenu minimum pour être considéré comme ne devant pas recourir au système d'aide sociale dans l'hypothèse où le regroupant avait créé ses liens familiaux après son entrée sur le territoire et, d'autre part, qu'il devait toucher 100 % de ce revenu minimum dans l'hypothèse où les liens familiaux avaient été formés avant. Concernant la distinction fondée sur le moment de la création du lien familial, la Cour a rappelé que « les États membres ne disposaient pas d'une marge d'appréciation leur permettant de réintroduire cette distinction dans leur législation nationale de transposition de la directive »¹¹⁹⁹. Ensuite, concernant l'obligation imposée au regroupant d'un revenu minimum pour garantir qu'il ne recourt pas à l'aide sociale, la Cour a affirmé, d'une part, que la faculté pour les États membres d'exiger des conditions, telles que la preuve que le regroupant dispose de ressources suffisantes, doit être interprétée strictement et d'autre part, que « la marge de manœuvre reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée par

¹¹⁹⁷ CJUE, 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun contre Minister van Buitenlandse Zaken*, aff. C-578/08, *Rec.*, p. I-01839 (ci-après «arrêt *Chakroun*»). Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de L. DRIGUEZ, « Conditions du regroupement familial des ressortissants d'État tiers », *Europe*, 2010, Mai, Comm. n° 163, p.24.

¹¹⁹⁸ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, précitée.

¹¹⁹⁹ Point 64 de l'arrêt *Chakroun*, aff. C-578/08, précité.

ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive, qui est de favoriser le regroupement familial, et à l'effet utile de celui-ci »¹²⁰⁰. Elle exclut que les États puissent imposer un revenu minimal en dessous duquel tout regroupement familial serait par principe refusé et impose explicitement un examen individuel des demandes de regroupement. Concrètement, si l'État peut établir un montant de référence, celui-ci ne doit pas constituer à lui seul un motif du rejet de la demande de regroupant si ses ressources sont suffisantes, régulières et indépendantes de toute aide sociale. Cette dernière notion est d'ailleurs interprétée par la Cour en tant que notion autonome du droit de l'Union. Ainsi, au sens de l'article 7, sont visées les seules aides rendues indispensables en raison de l'incapacité du regroupant de justifier de ressources stables, régulières et suffisantes. Conséquemment, les États devront désormais prendre en considération cette définition européenne de la notion d'aide sociale dans leurs législations nationales de transposition de la directive¹²⁰¹.

Cet arrêt peut être considéré comme le premier ouvrant la voie à un encadrement jurisprudentiel plus strict de la marge de manœuvre des États, tant au regard des dispositions dérogatoires qu'optionnelles contenues dans la directive relative au regroupement familial. Ainsi, P. DE BRUYCKER et Y. PASCOUAT affirment que « la directive relative au droit au regroupement familial semblait constituer un texte peu harmonisateur, préservant les marges de manœuvres des États membres en matière de regroupement familial. À la suite de l'intervention de la Cour de justice, elle devient un texte contraignant susceptible de remettre en cause la validité de dispositions existantes dans certains États membres »¹²⁰². L'appréciation optimiste de ces auteurs a pourtant été contrariée par le livre vert de la Commission européenne relatif au droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne¹²⁰³ qui ne se penche pas sur les conditions matérielles que doivent remplir le regroupant. Et, la Belgique, a par exemple, en 2011, modifié la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers¹²⁰⁴ en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial et

¹²⁰⁰ Points 43 et 47 de l'arrêt *Chakroun*, aff. C-578/08, précité.

¹²⁰¹ Points 45 et 46 de l'arrêt *Chakroun*, aff. C-578/08, précité.

¹²⁰² P. DE BRUYCKER et Y. PASCOUAT, *Le regroupement familial à la croisée des droits européen et belge*, *Fondation Roi Baudouin*, janvier 2011, p.27.

¹²⁰³ Livre vert relatif au droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne (directive 2003/86/CE), Bruxelles, 15.11.2001, COM(2011) 735 final.

¹²⁰⁴ Loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement

impose, désormais, au regroupant un revenu minimum équivalent de 120% du revenu d'intégration sociale. Comme l'a soulevé le Conseil d'État belge dans son avis n°49356/4 du 4 avril 2011, cette « disposition pose problème au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne ». Toutefois, afin de répondre à l'avis du Conseil d'État belge et de se conformer à l'arrêt *Chakroun*, le législateur a prévu que : « Si la condition relative aux moyens de subsistance stables et réguliers visée à l'article 10, § 5, n'est pas remplie, le ministre ou son délégué doit déterminer, sur la base des besoins propres de l'étranger rejoint et des membres de sa famille, quels moyens de subsistance leur sont nécessaires pour subvenir à leurs besoins sans devenir une charge pour les pouvoirs publics »¹²⁰⁵.

Ensuite en matière d'immigration illégale, l'arrêt *Kadzoev*¹²⁰⁶, rendu à propos de la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹²⁰⁷ doit être mentionné car il est le premier relatif à l'interprétation de cette directive dont nombre de dispositions posaient des difficultés d'interprétation. Saisie par le juge bulgare, elle a répondu à plusieurs questions. La première était relative à l'article 15, paragraphes 5 et 6, qui fixe la durée maximale de la rétention à des fins d'éloignement, d'abord à six mois avec une prolongation éventuelle de douze mois supplémentaires. Le juge bulgare s'était interrogé sur l'application dans le temps de ce nouveau dispositif. La seconde question portait sur le point de savoir si la période durant laquelle la personne avait été mise en centre de placement provisoire sur le fondement d'une décision prise au titre des dispositions nationales et communautaires relatives aux demandeurs d'asile devait être prise en compte. D'autres questions concernaient l'article 15, paragraphe 4,

et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial, précitée.

¹²⁰⁵ *Ibid*, article 4.

¹²⁰⁶ CJUE, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, aff. C-357/09 PPU, *Rec.*, p. I-11189. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de C. FLAMAND, *Rev. dr. étr.*, 2009, p.718 ; L. IDOT, « Première interprétation de la directive —atour» », *Europe*, 2010, Janvier, Comm. n° 19, p.22 ; F. KAUFF-GAZIN, « Pas de rétention sans procédure d'éloignement et pas d'expulsion sans réadmission: comment le droit européen engendre des situations insolubles ... À propos de l'affaire Kadzoev rendue par la Cour de justice des Communautés européennes du 30 novembre 2009, C-357/09 PPU », *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 2010, n°31, p.2 ; F. LUTZ, « L'arrêt —Kadzoev»: un premier test pour la directive —Retor» », *RDUE*, 2010, n° 2, p.331.

¹²⁰⁷ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, précitée.

qui prévoit que la rétention n'est plus justifiée et que la personne doit être remise en liberté s'il n'existe plus de perspectives raisonnables d'éloignement.

Par ses réponses aux différentes questions qui lui sont ainsi posées, la Cour de justice empêche que la durée de la rétention varie d'un État membre à un autre, en raison des particularités et des circonstances propres aux procédures judiciaires nationales. Pour ce faire, elle s'appuie sur l'objectif de la directive qui fixe une durée maximale des placements en rétention administrative aux fins d'éloignement forcé des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. À la lumière du considérant 16 de la directive et de la lettre de son article 15 §5 et §6, la rétention ne peut pas excéder 18 mois et, le calcul de cette durée doit intégrer les périodes de placement accomplies dans le cadre d'une procédure d'éloignement initiée avant que le régime de la directive ne soit d'application, de même que les périodes durant lesquelles l'exécution de l'arrêté de reconduite forcée à la frontière a été suspendues en raison des recours juridictionnels formés par l'intéressé lorsque ce dernier a continué de séjourner dans le centre de placement provisoire.

La Cour a depuis rendu plusieurs arrêts sur la compatibilité avec la directive des mesures visant l'enfermement des étrangers en situation irrégulière. Lors du premier, l'arrêt *El Dridi*¹²⁰⁸, la Cour a affirmé que la directive s'oppose à une réglementation d'un État membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier au cours de la procédure de retour pour le seul motif que celui-ci demeure sur le territoire en violation d'un ordre de le quitter dans un délai déterminé. Elle a précisé cette jurisprudence dans l'arrêt *Achughbabian*¹²⁰⁹ dans lequel elle a examiné si elle

¹²⁰⁸ CJUE, 28 avril 2010, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, aff. C- 61/11 PPU, *Rec.*, p. I-03015. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de O. ANDREINI, « Quand la CJUE s'immisce dans le droit pénal des étrangers », *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 2011, n° 35, p.28 ; M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Directive Retour et peine d'emprisonnement », *AJDA*, 2011, p.1617 ; D. GALOO, « La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause », *RAE*, 2011, p.433 ; F. KAUFF-GAZIN, « La directive « retour » au secours des étrangers ? : de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011 », *Europe*, 2011, Juin, Études n° 6, p.10 ; L. LEBOEUF, « La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi », *Rev. dr. étr.*, 2011, p.181 ; C. MURPHY, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « El Dridi » », *RDUE*, 2011, n° 3, p.467 ; K. PARROT, « Un étranger ne commet pas un délit du seul fait qu'il se trouve en situation irrégulière », *RCDIP*, 2011, p.824 ; G. POISSONNIER, « Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant », *D.*, 2011, p.1880.

¹²⁰⁹ CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11, *Rec.*, p. I-

s'appliquait également à la peine d'emprisonnement infligée à un ressortissant d'un pays tiers en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre de l'Union. Elle a affirmé que la directive ne s'oppose pas ni à ce que le droit national érige le séjour irrégulier en infraction et prévoie des sanctions pénales pour dissuader et réprimer le comportement du ressortissant de pays tiers, ni à une mise en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant de pays tiers. Elle a ensuite précisé que lorsque la détention est imposée avant ou pendant la procédure de retour, la situation du ressortissant de pays tiers entre dans le champ d'application de la directive et qu'une telle peine doit servir à préparer et réaliser le retour de l'intéressé. En l'espèce, la rétention pour séjour irrégulier de M. Achughbabian décidée par les autorités française n'était pas compatible avec la directive car elle ne visait pas à préparer et réaliser l'éloignement de l'intéressé. Cette mesure était susceptible de faire échec à l'application des normes et procédures communes et de retarder le retour. En somme, elle portait atteinte à l'effet utile de la directive. Les États membres peuvent toutefois, selon la Cour, imposer une détention à la fin de la procédure de retour lorsque les mesures coercitives prévues à l'article 8 de la directive n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier.

Cette dynamique jurisprudentielle consistant à contenir les disparités nationales autorisées par l'imprécision des directives en matière d'immigration se confirme également dans le domaine de l'asile. Elle a été amenée, par exemple, à interpréter différentes notions inscrites dans la directive 2004/83/CE dite « qualification »¹²¹⁰, texte qui pêche dans sa finalité

12695. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Directive Retour et peine d'emprisonnement », *AJDA*, 2012, p.310 ; B. BERTRAND, « La Cour de justice et la directive Retour : la stratégie du Roseau », *RAE*, 2011, p.845 ; P. HENRIOT, « Garde à vue et séjour irrégulier : les enseignements de l'arrêt Achughbabian sont limpides... », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 43-45, Jur., p.17 ; F. KAUFF-GAZIN, « Politique des retours », *Europe*, 2012, Février, Comm. n° 2, p.21, A. LEVADE, « Incompatibilité partielle de la loi française avec la directive « retour » : priorité à l'effet utile ! », *JCP G*, 2012, n° 8, p.377 ; K. PARROT, *RCDIP*, 2013, p.124 ; F. PICOD, « Non-conformité de la loi française par rapport à la directive « retour », *JCP G*, 2011, n° 51, p.2527 ; S. SLAMA, « La Cour de justice consacre l'ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme au droit de l'Union européenne selon la phase de la procédure de retour », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 7 décembre 2011.

¹²¹⁰ Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au

de poser des critères communs d'appréciation des demandes d'asile. Consacrant des notions aux contours imprécis autorisant *in fine* une marge de d'appréciation et d'interprétation aux États membres, le juge de l'Union a, par conséquent, été amené à clarifier son contenu dans différents arrêts. Quelques illustrations jurisprudentielles témoignent de l'importance et de la nécessité de cette interprétation de la directive par la Cour de justice.

C'est ainsi qu'elle a par exemple interprété les actes pouvant constituer un « acte persécution » dans le contexte d'une violation grave de la liberté de religion au regard de l'article 9, paragraphe 1, point a) de la directive dans les affaires jointes *Y et Z*¹²¹¹. Elle s'est prononcée sur la question de savoir si la définition des actes de persécution pour raisons religieuses recouvre les ingérences dans la « liberté de manifester sa foi ». Elle a précisé qu'une entrave à la manifestation extérieure de la liberté de religion peut effectivement constituer un acte de persécution, et que c'est la gravité des risques encourus par l'intéressé dans son pays d'origine qui détermine si une violation du droit garanti par l'article 10, paragraphe 1 de la charte constitue une persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la directive. Elle a également affirmé que lors de l'évaluation individuelle d'une demande visant à l'obtention du statut de réfugié, les autorités nationales ne peuvent pas raisonnablement attendre du demandeur qu'il renonce aux activités religieuses pouvant mettre sa vie en danger dans son pays d'origine. Dans l'arrêt du 7 novembre 2013, *X., Y., et Z. contre Minister voor Immigratie en Asiel*¹²¹², elle s'est prononcée sur les articles 9 et 10 de la directive, plus précisément sur la notion d'« appartenance à un certain groupe social » comme motif de persécution susceptible d'aboutir à la reconnaissance du statut de réfugié et considéré que les homosexuels constituent un tel groupe au sens de la directive. Dans l'arrêt du 30 janvier 2014 *Diakité*¹²¹³, la Cour a considéré que la notion de « conflit armé » au sens de l'article 15 c) est

contenu de ces statuts (abrogée par la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011), précitée.

¹²¹¹ CJUE, 5 décembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contre Y et Z*, aff. jointes C-71/11 et C-99/11, non encore publié au Recueil.

¹²¹² CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X (C-199/12) et Y (C-200/12) et Z (C-201/12) contre Minister voor Immigratie en Asiel*, aff. jointes C-199/12 à 201/12, non encore publié au Recueil. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de A. DEFOSSEZ, « Arrêt –X, Y et Z–: les homosexuels persécutés dans leur pays d'origine peuvent-ils bénéficier du statut de «réfugié» ? », *JDE*, 2014, n° 206, p.5 ; D. SIMON, « Persécution à raison de l'orientation sexuelle », *Europe*, 2014, janvier, Com. n°1, p.27.

¹²¹³ CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakite/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-285/112, non encore publié au Recueil (ci-après «arrêt Diakite»).

une notion propre du droit européen et qu'elle ne doit pas être définie en se référant au droit international. Elle a ainsi conclu que « (...) lorsque les forces régulières d'un État affrontent un ou plusieurs groupes armés ou lorsque deux ou plusieurs groupes armés s'affrontent, sans qu'il soit nécessaire que ce conflit puisse être qualifié de conflit armé ne présentant pas un caractère international au sens du droit international humanitaire et sans que l'intensité des affrontements armés, le niveau d'organisation des forces armées en présence ou la durée du conflit fasse l'objet d'une appréciation distincte de celle du degré de violence régnant sur le territoire concerné »¹²¹⁴.

Les exemples peuvent être multipliés au regard de la somme des arrêts qui a été rendue de puis la «normalisation» de la compétence de la Cour. Ils participent à la montée en puissance de cette institution dans le domaine de l'asile et de l'immigration et son rôle de catalyseur du rapprochement des législations nationales. Elle contient, par son interprétation des directives, le maintien de la concurrence normative horizontale autorisé implicitement par les directives lorsque les dispositions ne sont pas claires et laissent une large marge d'appréciation aux États membres. En somme, par son intervention, elle accroît le degré d'harmonisation des législations en matière d'immigration et d'asile. Par ces arrêts, il est possible d'affirmer que la Cour « [affermit] la capacité des actes de l'Union à former un droit commun »¹²¹⁵.

Ce rapprochement des législations imposé par la Cour de justice, peut être également le fait des États qui décident de s'aligner sur les dispositions de leurs partenaires européens. Toutefois, cette «harmonisation spontanée» se fait au détriment de la protection des droits des étrangers.

Si les insuffisances de l'harmonisation européenne conduisent à ce que les États soient confortés dans leurs pratiques nationales, il advient toutefois que les États adoptent les mêmes dispositions nationales, alors même que la directive ne l'impose pas. Toutefois, cet alignement est le plus souvent un prétexte à une restriction de leurs pratiques nationales.

¹²¹⁴ Point 35 de l'arrêt *Diakite*, aff. C-285/112, précité.

¹²¹⁵ C. PICHERAL, « L'œuvre de la Cour de justice dans la politique européenne d'asile et d'immigration », *op. cit.*, p.119.

Paragraphe 2. Un prétexte à un durcissement des législations nationales

Le maintien d'une mise en concurrence des droits nationaux peut parfois inciter un État membre à aligner sa législation sur celles des autres États qui sont plus restrictives. Par une forme de «mimétisme», un rapprochement des législations nationales est alors opéré à un degré plus élevé que prévu par les directives (A). Or, cette «harmonisation spontanée» entraîne un alignement des législations nationales vers le bas, contrairement à une «harmonisation négociée» au niveau de l'Union européenne qui permet de privilégier en principe des standards plus élevés de protection des droits des étrangers¹²¹⁶ (B).

A. Des États membres incités à restreindre leurs législations

Si les États membres peuvent maintenir des dispositions plus favorables, ils sont pourtant incités à mettre en place des politiques plus strictes. Par exemple, les États dans lesquels le traitement des demandes d'asile est le moins rigide, les *soft touch* - selon l'expression qui désigne le moindre degré de difficulté des demandeurs d'asile à voir leur demande acceptée - sont incités à mettre en place des politiques plus strictes face à un nombre disproportionnellement élevé de demandeurs d'asile¹²¹⁷. Ces États membres sont, en effet,

¹²¹⁶ A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, op. cit., p.286.

¹²¹⁷ Article 4 de la Directive 2003/09/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, précitée : « Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables en matière de conditions d'accueil des demandeurs d'asile et des parents proches du demandeur qui se trouvent dans le même État membre, lorsqu'ils dépendent de lui, ou pour des raisons humanitaires, dans la mesure où ces dispositions sont compatibles avec la présente directive ». Article 5 de la directive 2005/85/CE : « Les États membres peuvent prévoir ou maintenir des normes plus favorables en ce qui concerne les procédures d'octroi et de retrait de réfugié, pour autant que ces normes soient compatibles avec la présente directive ». Article 3 de la directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304 du 30 septembre 2004, p.12 (abrogée par la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011) : « Les États membres peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui

tentés, par un phénomène d'imitation, d'adopter les mesures de dissuasion introduites par d'autres États membres en se prévalant des directives européennes. Par conséquent, le rapprochement des législations s'opère spontanément.

Pourtant, la plupart des directives adoptées en matière d'immigration et d'asile contiennent des clauses dites «standstill». Elles interdisent aux États de faire usage d'une mesure dérogatoire si celle-ci n'existait pas dans la législation au moment de l'entrée en vigueur de la directive. L'objectif est alors d'imposer aux États le maintien du niveau de protection déjà atteint dans l'ordre juridique national au moment de l'adoption de la directive.

De telles clauses ont été accolées à certaines des dérogations concédées aux États qui disposaient des législations les plus restrictives. Elles ont pour objectif d'éviter que ces dérogations ne deviennent justement, par un effet de mimétisme, des standards communs aux États membres. Cependant, ces clauses ne sont pas systématiques.

Ensuite, dans les directives relatives à l'asile et celle relative au retour des étrangers en situation irrégulière, ces clauses sont acceptées « dans la mesure où elles sont compatibles avec la présente directive »¹²¹⁸. P. DE BRUYCKER les compare ainsi à « une limite aux faveurs que les États membres peuvent accorder au risque de mettre en péril le cœur même des directives adoptées »¹²¹⁹.

Surtout, lorsqu'elles sont introduites, elles retiennent comme date d'effet l'entrée en vigueur de la directive. Par conséquent, ces clauses de sauvegarde des dispositions nationales plus libérales n'empêchent pas les États de se servir du processus d'adoption des directives

remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié ou de personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et pour déterminer le contenu de la protection internationale, dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive ».

¹²¹⁸ Voir par exemple, l'article 4 de la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, précitée : « La présente directive s'applique sans préjudice du droit des États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les personnes auxquelles la présente directive s'applique, à condition que ces dispositions soient compatibles avec la présente directive ».

¹²¹⁹ P. DE BRUYCKER, « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile », in F. JULIEN-LAFFERRIÈRE, H. LABAYLE, Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.56.

comme un prétexte pour revoir à la baisse leurs législations. En effet, ils peuvent modifier leurs législations avant l'entrée en vigueur du texte européen.

Par conséquent, le risque est que les États membres se prévalent des directives d'harmonisation pour revoir à la baisse leurs législations nationales, aboutissant à une harmonisation d'une intensité normative plus forte que prévue initialement. En effet, les dérogations accordées à certains États deviennent parfois le modèle à suivre. Parce que les États veulent éviter des flux migratoires trop importants sur leur territoire, et face à des États qui ont des législations plus restrictives, ils décident donc, par mimétisme, de revoir à la baisse leurs dispositions relatives à l'immigration et l'asile. Par une forme de « suivisme », les droits nationaux tendent donc à se rapprocher mais au détriment des droits des étrangers.

B. Une harmonisation spontanée défavorable aux droits des étrangers

Parce que le risque est que le plus petit dénominateur commun ne devienne la norme générale, la crainte est que les États ne se prévalent des directives pour adopter des mesures moins favorables aux étrangers, que leurs droits fondamentaux soient malmenés. Dans ces conditions, l'harmonisation européenne est dite « spontanée » mais toutefois indirectement « provoquée » par la directive. En d'autres termes, la transposition de la directive aboutit à un rapprochement des législations dans un sens non directement voulue par le texte européen.

Certes, en matière économique, l'harmonisation spontanée peut être considérée comme une alternative efficace à l'harmonisation négociée au niveau de l'Union. C'est ainsi qu'en droit financier, les États qui souhaitent attirer les investisseurs leur offrent un niveau de sécurisation des transactions financières au moins équivalent à celui des autres États membres. Et, comme le relève J.-S. BERGÉ, « il en découle une très grande convergence des réglementations étatiques, nivelées par le haut »¹²²⁰. En revanche, en droit des étrangers, l'harmonisation spontanée entraîne un nivellement par le bas de la protection de leurs droits.

¹²²⁰ J.-S. BERGÉ, « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p.119.

C'est ainsi que certaines dérogations accordées à certains États membres au moment de la négociation des directives deviennent la norme de référence pour les autres États. Par exemple, la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée¹²²¹ pose la faculté pour les États membres d'imposer des conditions d'intégration. Des États membres, comme les Pays-Bas ou la France, qui ne possédaient pas dans leurs droits une telle exigence, ont ainsi utilisé la directive comme un prétexte à son introduction dans leur droit national. Et, comme le relève très justement P. DE BRUYCKER, cette dérogation finit par s'imposer comme un standard européen. L'auteur s'appuie sur le Pacte européen sur l'immigration et l'asile adopté les 15 et 16 octobre 2008¹²²², dans lequel le Conseil européen convient qu'il est nécessaire « de mieux réguler l'immigration familiale en invitant chaque État membre, sauf catégories particulières, à prendre en considération dans sa législation nationale, dans le respect des libertés fondamentales, ses capacité d'accueil et les capacités d'intégration des familles appréciées au regard de leurs conditions de ressources, de logement dans le pays de destination ainsi que par, exemple, de leur connaissance de la langue du pays ». Il en déduit que « après avoir été vainement remises en cause par le Parlement européen devant la Cour de justice, voilà que le conditions d'intégration deviennent une recommandation au travers de conclusions du Conseil européen ! »¹²²³. Il en ressort que des dispositions non contraignantes inscrites dans les directives s'imposent progressivement aux États membres.

Cependant, une directive peut exceptionnellement revoir à la hausse les droits des étrangers dans les États membres. Par exemple, la lecture de la directive dite « retour »¹²²⁴ indique que la durée maximale de la rétention est fixée à 6 mois, voire 18 mois en raison du manque de coopération du ressortissant de pays tiers concerné ou des retards enregistrés pour obtenir des pays tiers les documents nécessaires¹²²⁵. La directive améliore ainsi le droit dans plusieurs États membres, précisément sur la question de la durée maximale de rétention

¹²²¹ Directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, précitée.

¹²²² Document du Conseil n°13440/48, p.6.

¹²²³ P. DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », *op. cit.*, p.352.

¹²²⁴ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, précitée.

¹²²⁵ Article 15 de la directive 2008/115/CE, précitée.

administrative. Plusieurs États membres participant à la directive connaissaient une absence de limitation de la durée de rétention. C'est le cas par exemple de l'Estonie, de la Finlande, des Pays-Bas et de la Suède. Mais, les États dans lesquels la durée de rétention était inférieure à 6 mois auront l'opportunité d'un allongement du délai, la directive pouvant être utilisée pour justifier l'adoption de dispositions moins favorables pour les personnes auxquelles elles s'appliquent.

L'harmonisation actuelle du droit des étrangers ne suffit pas à effacer les disparités nationales. Pourtant, les États membres admettent la nécessité d'un traitement en commun de ces questions. Cependant, ils ne veulent pas consentir pleinement à l'abandon de leurs prérogatives en ces domaines étroitement liés à la souveraineté et politiquement sensibles. Le droit européen des étrangers oscille entre résistances des droits internes et avancés du processus d'harmonisation.

La fermeture temporaire des frontières françaises ou l'annonce par le Danemark du rétablissement de contrôles à ses frontières en 2011 ne sont d'ailleurs pas des épiphénomènes. Bien au contraire, les États semblent résister par tout moyen à une influence trop importante du droit de l'Union sur le droit des étrangers. « Terre de résistances »¹²²⁶ dès l'origine, cette caractéristique, la résistance, imprègne toujours le traitement européen des questions migratoires sous une forme différente de l'opposition de principe.

Cette résistance des États s'affirme également lorsque toute mise en concurrence des droits nationaux a été neutralisée par le droit de l'Union. Plus précisément, lorsqu'un texte issu du droit de l'Union impose une règle unique sur le territoire de l'Union, les États parviennent tout de même à l'instrumentaliser pour se désolidariser.

¹²²⁶ V. MICHEL, « La difficile formalisation des compétences : L'exemple des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », *op. cit.*, p.493.

CHAPITRE 2

L'UNIFICATION ÉPROUVÉE PAR L'ABSENCE DE SOLIDARITÉ INTERÉTATIQUE

La politique européenne d'immigration et d'asile est fondée sur l'idée que chaque État membre est responsable vis-à-vis de tous les autres de son action en matière d'entrée et de séjour des ressortissants des États tiers. En effet, les étrangers qui franchissent les frontières extérieures peuvent circuler librement dans les autres États membres s'ils remplissent les conditions requises pour obtenir un visa d'entrée. La politique d'immigration et d'asile est, par conséquent, fondée sur la présomption que les États membres se font mutuellement confiance et qu'ils coopèrent de manière loyale dans la gestion des frontières extérieures.

L'État membre qui ne maîtrise pas les flux migratoires à ses frontières extérieures conformément aux obligations européennes porte ainsi logiquement préjudice aux autres États membres. Par conséquent, les États membres exposés, par leur situation géographique, à un afflux massif d'étrangers et dont les moyens matériels sont limités pour les accueillir doivent pouvoir compter sur la solidarité effective des autres États membres, en particulier sur la base du principe de coopération loyale prévu à l'article 4, paragraphe 3, TUE. Aucun État membre ne souhaite, en effet, à lui seul accepter toute l'immigration concernée, d'autant plus dans un contexte d'euphémisation de cette politique. C'est ce qu'affirme en substance le Pacte sur l'immigration et l'asile : « Le comportement d'un État peut affecter les intérêts des autres. L'accès au territoire de l'un des États membres peut être suivi de l'accès au territoire d'autres États membres. Aussi est-il impératif que chaque État membre prenne en compte les intérêts de ses partenaires dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques d'immigration, d'intégration et d'asile »¹²²⁷.

Or, la crise grecque en matière d'asile et le conflit franco-italien à propos de l'arrivée de milliers de tunisiens sur les côtes italiennes au printemps 2011 ont particulièrement révélé l'absence de solidarité européenne. Dans le premier cas, les États membres ont continué à transférer des demandeurs d'asile vers la Grèce alors que cet État n'avait plus la capacité matérielle de traiter les demandes. Pour ce faire, les États se fondaient sur une règle

¹²²⁷ Document du Conseil n°13440/48, p.3.

européenne unique inscrite dans le Règlement Dublin II. Dans le second cas, la France et l'Italie se sont appuyées sur les règles Schengen pour se désolidariser. Dans les deux cas, les États ont ainsi instrumentalisé le droit de l'Union pour éloigner en toute légalité la «charge du fardeau» de l'afflux d'étrangers vers un autre État membre (Section 1). Cependant, ces deux crises et la jurisprudence européenne venant rappeler à l'ordre les États dans leur obligation européenne de solidarité ont contribué à renouveler, avec plus ou moins de force, le principe de solidarité dans deux réformes majeures, celle relative à la gouvernance Schengen et celle relative à l'asile (Section 2).

SECTION 1. LA SOLIDARITÉ REMISE EN CAUSE PAR LES STRATÉGIES JURIDIQUES DES ÉTATS

Face aux risques d'être dépassés par un afflux massif d'immigrés, des États membres peuvent être tentés d'envisager de réintroduire des contrôles aux frontières intérieures. Certains sont déjà passés à l'acte temporairement ou pire le souhaitent de manière définitive. Ce constat amène M.-L. BASILIEN GAINCHE à soulever la « solidarité frivole des États de l'UE »¹²²⁸. Que ce soit en matière d'asile ou d'immigration, les États membres ont, en effet, tendance aujourd'hui à renouer avec des intérêts nationaux au détriment de l'intérêt européen. C'est ainsi lorsque les États membres transfèrent automatiquement des demandeurs d'asile vers d'autres États membres qui n'ont pas la capacité matérielle de les accueillir ou lorsque des États membres en laissent d'autres gérer seuls un afflux important et imprévu d'immigrés. Et, dans chacune de ces hypothèses, les États membres s'appuient sur des dispositions européennes censées pourtant équilibrer le partage de la charge de l'immigration et de l'asile sur le territoire de l'Union. En d'autres termes, les États instrumentalisent une règle européenne unifiée pour se défaire vis-à-vis des autres États membres (Paragraphe 2). L'immigration et l'asile ne sont d'ailleurs pas les seuls domaines concernés. La crise économique et financière traversée par la Grèce a par exemple mis à rude épreuve le rapport de solidarité entre États¹²²⁹. Pourtant, la centralité de la solidarité dans le processus d'intégration européenne en matière d'immigration et d'asile est indiscutable et consacrée explicitement par le traité comme devant fonder cette politique européenne (Paragraphe 1).

¹²²⁸ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de solidarité soumise à l'argument de réalité », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : pierre angulaire d'un système juridique*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2011, pp.248 et s.

¹²²⁹ R. BIEBER ET F. MAIANI, « Sans solidarité point d'Union européenne », *RTDE*, 2012, pp.295 et s.

Paragraphe 1. La solidarité, un principe consacré par le droit de l'Union

Le fonctionnement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice suppose un minimum de solidarité entre les États membres, principe pouvant remédier à la mise en concurrence des droits nationaux. Ce principe, au cœur du fonctionnement des espaces Schengen et Dublin, est désormais affirmé explicitement dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (A). Afin de garantir la solidarité dans le contrôle des frontières extérieures et envers les États membres qui subissent une pression migratoire très forte, certains mécanismes ont été créés dans le but de rééquilibrer les charges et limiter, par conséquent, la concurrence horizontale entre les États membres (B).

A. La solidarité, un élément fondateur du droit européen des étrangers

Dès 1950, Robert Schuman déclare le 9 mai que « l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait ». Pour autant, cette notion de solidarité n'apparaîtra pas dans le Traité instituant la Communauté économique européenne et force est d'admettre la relative pauvreté dans l'emploi de ce terme dans les traités précédents. Cependant, la Cour de justice va combler cette lacune du droit originaire, en affirmant très tôt que « le principe de solidarité communautaire [est] inscrit parmi les fondements de la Communauté »¹²³⁰ en appliquant cette notion dans les relations entre États membres. Elle a ainsi considéré que le manquement aux devoirs de solidarité à la charge des États membres du fait de leur appartenance à l'Union

¹²³⁰ CJCE, 10 décembre 1969, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. jointes 6/69 et 11/69, *Rec.* p.523. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de P. CAHIER, « Recours en constatation de manquements des États membres », *CDE*, 1970, p.576 ; P. LEMAITRE, « Un conflit qui aurait pu être évité - Devant la Cour de Luxembourg la Commission reproche à la France le maintien d'un taux de réescompte favorable à ses exportations », *RMC*, 1969, p.57 ; CJCE, 7 février 1973, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. 39/72, *Rec.*, p.115 ; CJCE, 29 juin 1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. 77/77, *Rec.* p.1513.

européenne « affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire »¹²³¹. À la fois principe fondateur et valeur fondatrice de la Communauté, la solidarité impose aux États de coopérer mutuellement. La Cour a ainsi affirmé qu'ils doivent « assister tout autre État membre auquel il incombe une obligation du droit communautaire »¹²³². Elle n'a toutefois jamais consacré la solidarité au rang des principes généraux du droit. L'absence de définition dans les traités et le droit dérivé et la nature normative indéterminée de cette notion de solidarité n'empêchent pas certains auteurs de lui attribuer une valeur constitutionnelle¹²³³.

Consacrée très tôt par la Cour de justice, il faudra toutefois attendre le Traité de Lisbonne pour que soient inscrits une clause de solidarité et des références explicites dans de nombreuses dispositions dans les traités FUE¹²³⁴ et UE¹²³⁵. Des références à cette notion ont notamment été ajoutées dans les dispositions du TFUE relatives à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Et, le volet migratoire est celui dans lequel figurent expressément les références à la solidarité. Cette consécration de la notion de solidarité, notamment dans le cadre du droit européen des étrangers, devrait présager un partage plus équitable des responsabilités et un moindre repli des États vers des choix nationaux au détriment de l'intérêt général européen.

C'est ainsi que l'article 67 TFUE souligne que l'Union « développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures », laquelle « est fondée sur *la solidarité* entre États membres ». En d'autres termes, cet article rappelle que la politique européenne d'asile et d'immigration est fondée sur la solidarité puisque le contrôle opéré par un État à ses frontières a des répercussions vis-à-vis des autres

¹²³¹ Point 12 de l'arrêt *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. 39/72, précité.

¹²³² CJCE, 27 septembre 1988, *Anunziata Matteucci contre Communauté française de Belgique et Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française de Belgique*, aff. 235/87, *Rec.*, p.5589. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1989, p.422.

¹²³³ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., p.153. C. BOUTAYEB, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne », in C. BOUTAYEB (dir.) *La solidarité européenne : pierre angulaire d'un système juridique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.10.

¹²³⁴ Articles 67, 80, 122, 194, 222 TFUE.

¹²³⁵ Articles 2, 3, 21, 24, et 31 TUE.

États membres. Les États membres doivent ainsi coopérer de manière loyale et s'engager à renforcer leurs frontières extérieures, condition de la libre circulation des personnes dans l'espace commun.

L'article 80 TFUE qui figure dans le chapitre portant sur les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration jette le fondement juridique du principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités en matière d'immigration et d'asile en affirmant que « les politiques de l'Union visées au présent chapitre et leur mise en œuvre sont régies par *le principe de solidarité* et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier. Chaque fois que cela est nécessaire, les actes de l'Union adoptés en vertu du présent chapitre contiennent des mesures appropriées pour l'application de ce principe ». Cet article s'applique aux institutions de l'Union et aux États membres de l'Union européenne pour ce qui est de la politique des frontières, de l'asile et de l'immigration¹²³⁶. Cet article rappelle selon Y. PASCOUAU que les États membres ne sont pas dans une situation d'égalité face aux flux migratoires et permet ainsi d'organiser si nécessaire la solidarité financière ou opérationnelle¹²³⁷.

B. Des mécanismes européens de solidarité consacrés

À la lecture du traité, le principe de solidarité recouvre deux réalités. D'une part, les États membres doivent être loyaux dans leur engagement commun à contrôler leurs frontières extérieures afin d'assurer la libre circulation des personnes au sein de l'Union. D'autre part, les États membres les plus touchés par les flux migratoires doivent pouvoir compter sur un partage équitable des charges qu'implique la gestion des frontières extérieures. Pour assurer cette coopération interétatique dans ce domaine, des règles européennes ont été consacrées.

Tout d'abord, dans le domaine du contrôle aux frontières extérieures, la Convention

¹²³⁶ Pour une analyse exhaustive du principe de solidarité, voir A. BERRAMDANE, « Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne », in C. BOUTAYEB (dir.), « Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : pierre angulaire d'un système juridique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.56.

¹²³⁷ Y. PASCOUAU, *La politique migratoire de l'Union européenne : De Schengen à Lisbonne*, *op. cit.*, p.6.

d'application des accords de Schengen a initialement posé des règles communes codifiées par le règlement (CE) n°562/2006 du 15 mars 2006¹²³⁸ qui crée un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, communément appelé «Code frontière Schengen». Il fixe un ensemble de règles relatives au franchissement des frontières fondées autour du principe de suppression des contrôles aux frontières intérieures et de règles communes de surveillance des frontières extérieures.

Concernant la surveillance des frontières, elle relève de la compétence des États. Cependant, afin de favoriser une surveillance équivalente par les États membres, l'Union a mis en place des mécanismes de coopération¹²³⁹. C'est ainsi que Frontex a été créé en 2004¹²⁴⁰. Selon l'article 2 du règlement créant cette agence, celle-ci a six fonctions essentielles : la coordination de la coopération opérationnelle entre les États membres en matière de gestion des frontières extérieures, l'assistance aux États pour la formation des garde-frontières nationaux, l'analyse de risques, le suivi de la recherche, l'assistance technique et opérationnelle aux États et la fourniture de l'appui nécessaire pour organiser des opérations de retour conjointes.

Dans le même sens, le code sur les visas de 2009¹²⁴¹ participe à la coopération loyale entre les États membres dans le contrôle aux frontières extérieures. La politique des visas¹²⁴² est également apparue relativement tôt et en relation avec la réalisation d'un espace de liberté

¹²³⁸ Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes («Code frontières Schengen»), JO L 105 du 13 avril 2006, p.1 ; Règlement (UE) n°610/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, modifiant le règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) n°1683/95 et (CE) n°539/2001 du Conseil et les règlements (CE) n°767/2008 et (CE) n°810/2009 (code des visas) du Parlement européen et du Conseil, JO L 182 du 29 juin 2013, p.1

¹²³⁹ Pour une approche plus exhaustive, voir Y. PASCOUAU, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, op. cit.

¹²⁴⁰ Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 349 du 25 novembre 2004, p 1.

¹²⁴¹ Règlement (CE) n°180/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (codes des visas), JO L 243 du 15 septembre 2009, p.1.

¹²⁴² Voir notamment, C. SCHMITTER, F. JULIEN-LAFERRIERE et J-Y CARLIER, « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour? », in P. DE BRUYCKER (dir), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.97 et s.

de circulation sans frontières. Elle fût conçue comme une mesure compensatoire à la suppression des contrôles aux frontières intérieures. Initialement, elle a été élaborée dans le cadre de la coopération intergouvernementale Schengen et était limitée à la fixation d'une liste de pays tiers dont les ressortissants étaient soumis à l'obligation de visa pour entrer sur le territoire des États membres¹²⁴³. Puis, avec le transfert de cette compétence à la Communauté opéré le Traité de Maastricht¹²⁴⁴, cette politique a connu un développement important puisque l'ex-article 100 C permettait au Conseil et à la Commission de définir les bases de la politique commune des visas. Aujourd'hui, selon l'article 77 TFUE, l'ensemble de la politique des visas de court séjour relève de la compétence européenne et elle est celle qui a connu l'harmonisation la plus poussée en matière d'immigration. Elle est presque entièrement communautarisée si bien qu'il est possible d'utiliser l'expression d'unification de la politique des visas de court séjour dès lors que les États n'ont presque plus de compétences en la matière. Désormais, les États membres délivrent des «visas Schengen», dont les effets se déploient dans l'ensemble de l'espace commun. La contrepartie est que ces visas doivent répondre aux obligations du droit de l'Union qui encadre très largement cette politique. Relèvent, en effet, de la compétence de l'Union la détermination des personnes ayant besoin d'un visa de court séjour pour entrer dans l'espace commun¹²⁴⁵, la forme de ce visa, ses conditions d'attributions¹²⁴⁶ et les règles applicables aux déplacements intra-communautaires

¹²⁴³ Chapitre 3, article 18, de la Convention d'application des accords de Schengen.

¹²⁴⁴ Article 100 TCE tel que révisé en 1992.

¹²⁴⁵ Le règlement n°574/1999 du Conseil, fondé sur l'article 100 C du TCE, avait pour objet dès 1999 de déterminer les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres. L'annexe à ce règlement comportait 101 pays tiers. Pour les États tiers ne figurant pas sur cette liste, les États membres étaient libres de soumettre les ressortissants de ces pays à l'obligation de visa ou de les en dispenser. Avec l'introduction d'un nouvel article 62 point 2 b) i) dans le TCE par le traité d'Amsterdam, la compétence communautaire a été élargie à la détermination des pays tiers dont les ressortissants étaient exemptés de l'obligation de visa. Le règlement n°539/2001 adoptée le 15 mars 2001 sur le fondement de cet article fixe ainsi désormais deux listes de pays tiers : ceux dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation pour des séjours dont la durée n'excède pas trois mois. Ces listes de pays tiers ne sont pas figées et évoluent constamment, le règlement n°539/2001 étant régulièrement complété par des actes modificatifs de ces listes. Aussi, le règlement a introduit un principe de réciprocité signifiant que si l'un des pays dont les ressortissants sont exemptés de l'obligation de visa introduit une telle obligation pour les ressortissants de l'un des États membres de l'Union, cette obligation doit en retour être rétablie pour ses ressortissants. Les États ne peuvent donc plus de leur propre chef établir des exceptions à l'obligation ou à l'exemption de visa posées par le règlement qu'à l'égard de quelques catégories de personnes limitativement énumérées telles que notamment les titulaires d'un passeport diplomatique, l'équipage civil des avions et des navires ou les personnes qui exercent une activité rémunérée pendant leur séjour.

¹²⁴⁶ L'Union européenne a procédé à une harmonisation en édictant un modèle-type de visa auquel les États ont

des étrangers munis de titres de séjour¹²⁴⁷.

Ensuite, dans le domaine de l'asile, le règlement Dublin II¹²⁴⁸ qui a été remplacé par le règlement «Dublin III»¹²⁴⁹, a pour objectif de favoriser également la coopération loyale en désignant l'État responsable de l'examen des demandes d'asile. Ce mécanisme de répartition de la charge des demandeurs d'asile a été initialement demandé par l'Allemagne qui, dans les années 80, en accueillait presque la moitié. D'autres instruments de solidarité existent, mais ils n'ont jamais été mis en œuvre. C'est le cas tout particulièrement de la directive 2001/55/CE sur l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux important, qui est un outil

l'obligation de se conformer. Quant aux conditions et la procédure d'attribution d'un visa, elles sont formalisées dans le code communautaire des visas entré en vigueur en avril 2010. Il détermine tout d'abord l'État membre responsable de l'examen de la demande de visa, plus précisément soit l'État de destination de l'étranger ou, à défaut de pouvoir le déterminer, l'État par lequel l'étranger entre dans l'espace commun. Ce code détermine ensuite les conditions formelles et de fond auxquelles cette demande de visa doit répondre et décrit la procédure à suivre par les autorités étatiques pour examiner la demande de visa. Ils doivent en principe y répondre dans un délai de quinze jours. Après examen de la recevabilité de la demande, l'État doit créer un dossier dans le Visa Information System. Ce système a été créé par la décision 2004/512/CE du Conseil du 8 juin 2004 et fonctionne selon les règles posées par le règlement (CE) n°767/2008 du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas et l'échange de données entre les États membres. Le VIS, constitué d'un fichier central et des supports nationaux, est une base de données visant à faciliter l'échange d'informations entre États qui participent à la politique commune des visas. Il recense l'ensemble des demandes de visas. Il a donc pour objectif de lutter contre les demandes multiples de visa, la fraude, la lutte contre la criminalité et l'aide à la détermination de l'État responsable de l'examen des demandes de visa, selon le système dit de «Dublin». Dans tous les cas, l'octroi de visa est subordonné au fait que le demandeur ne représente pas un risque d'immigration illégale ou une menace pour la sécurité de l'État membre et qu'il remplisse les conditions d'entrée définies par le code frontières Schengen, c'est-à-dire qu'il possède des documents d'identité en cours de validité, qu'il justifie de l'objet de son séjour et de moyens de subsistance suffisants et qu'il n'ait pas fait l'objet d'un signalement au SIS. Dans le cas contraire, si les justificatifs présentés sont insuffisants ou si leur authenticité ou leur fiabilité sont mises en doute ou encore si le demandeur a déjà séjourné sur le territoire des États membres pendant plus de trois mois au cours de la période de six mois en cours, les autorités compétentes ont l'obligation de refuser l'octroi de visa.

¹²⁴⁷ Concernant les droits liés à l'obtention du visa uniforme de court-séjour, il permet au ressortissant de pays tiers de circuler, pour une durée inférieure à trois mois, au cours d'une période de six mois à compter de la date de première entrée. Le visa octroyé par un État membre est donc reconnu dans les autres États membres. Il s'agit là d'une application classique du principe de reconnaissance mutuelle favorisée par l'harmonisation poussée de tous les éléments de la politique des visas de court-séjour.

¹²⁴⁸ Règlement (CE) n°343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (Dublin II), JO L 50 du 25 février 2003, p.1.

¹²⁴⁹ Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (règlement «Dublin III», refonte de «Dublin II»), précité.

de solidarité et de partage des responsabilités¹²⁵⁰. Cette directive reconnaît le principe d'une responsabilité collective et instaure un dispositif contraignant, dès lors que les ministres siégeant au Conseil de l'Union considèrent qu'il y a bien, aux frontières extérieures, « afflux massif de personnes » dans l'impossibilité de rentrer dans leur pays d'origine. Elle n'a pas été invoquée une seule fois depuis son adoption en 2001. Pourtant, elle aurait pu par exemple convenir à la question des réfugiés irakiens même si leur afflux n'était pas « massif » aux frontières de l'Union. Entre 2005 et 2006, les demandes d'asile émanant de ressortissants irakiens ont, en effet, doublé en Europe, en passant de 10 774 à 19 375 demandeurs d'asile et, en 2007, l'Irak est devenu le premier pays d'origine de demandeurs d'asile dans l'Union européenne.

En outre, l'Union intervient pour mettre en relation les administrations nationales et favoriser ainsi la coopération. L'utilisation massive de la coordination opérationnelle entre les administrations nationales est une pratique déjà à l'essai. Elle traduit « une capacité d'intégration sortant de l'ordinaire »¹²⁵¹ en impliquant les administrations nationales de manière inconnue dans les autres secteurs. Cette mise en réseau des administrations nationales doit permettre à terme la constitution de règles et de pratiques qui guident la mise en œuvre du droit européen des étrangers de façon aussi identique que possible dans tous les États membres. Cet échange de bonnes pratiques entre les administrations nationales peut aboutir à une culture administrative en matière d'immigration proprement européenne et propre à cet espace.

Dans le domaine du contrôle des frontières extérieures, le système d'information Schengen¹²⁵² participe ainsi à la coopération opérationnelle entre les États membres. Créé par

¹²⁵⁰ Directive 2001/55/CE du Conseil, du 20 juillet 2001, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, précitée.

¹²⁵¹ H. LABAYLE, « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne », in « Vers une politique commune dans l'Union européenne », in F. JULIEN-LAFFERRIÈRE, H. LABAYLE et Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.39

¹²⁵² Règlement (CE) n°2006/1987 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JOL 381 du 28 décembre 2006, p.4 ; décision 2010/261/UE de la Commission, du 4 mai 2010, établissant un plan de sécurité pour le SIS II central et l'infrastructure de communication, JO L 112 du 5 mai

la Convention d'application de la convention Schengen, il s'agit d'une base de données des étrangers indésirables, alimentée par chacun des États suivant des critères fixés en commun. Cette base de données est alors systématiquement consultée par les autorités nationales qui ont l'obligation de refuser l'octroi d'un visa et l'entrée sur le territoire à tout étranger signalé et qui doivent, si l'étranger signalé est déjà sur le territoire, le reconduire à la frontière. Seul l'État signalant a la possibilité de supprimer l'un des signalements qu'il a fait, mais l'étranger inscrit peut s'adresser à n'importe lequel des États membres pour engager sa responsabilité du fait des conséquences dommageables d'un signalement irrégulier. Le système européen de surveillance des frontières, EUROSUR, permet également d'échanger des informations opérationnelles et de coopérer entre eux et avec l'agence Frontex afin de réduire le nombre de migrants pénétrant de manière irrégulière sur le territoire de l'Union et de prévenir la criminalité transfrontalière. Est enfin en projet un système de « Frontières intelligentes » qui vise à mettre des technologies modernes au service du contrôle des frontières simplifiant ainsi les contrôles des personnes entrant fréquemment dans l'Union européenne¹²⁵³.

Dans le domaine de l'asile, le bureau européen d'appui en matière d'asile¹²⁵⁴ est à ce titre un exemple particulièrement probant d'approfondissement de l'échange mutuel entre les administrations nationales. Adopté sous la forme d'une agence de régulation, il a ainsi pour fonction de renforcer la coopération pratique des États membres en matière d'asile en facilitant les échanges d'informations et assure l'identification et la convergence des meilleures pratiques en matière d'asile. De la sorte, il a pour vocation de collecter des informations relatives au traitement des demandes d'asile, et aux législations nationales et à leurs développements en matière d'asile dans les États membres. En outre, il soutient les États membres dont les régimes d'asile sont soumis à des pressions particulières et disproportionnées en raison, notamment, de leur situation géographique ou démographique ou

2010, p.31 ; décision 2008/334/JAI de la Commission du 4 mars 2008 portant adoption du manuel Sirene et d'autres mesures d'application pour le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 123 du 8 mai 2008, p.39.

¹²⁵³ Commission européenne, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs, COM(2013) 97 final, 28 février 2013 et Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/sortie pour l'enregistrement des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, COM(2013) 95 final, 28 février 2013.

¹²⁵⁴ Règlement (UE) n°439/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 2010, portant la création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO L du 29 mai 2010, p.11.

de l'arrivée soudaine d'un grand nombre de ressortissants d'États tiers nécessitant une protection internationale. À ce titre, des « équipes d'appui asile » pourront être déployées sur le territoire d'un ou plusieurs États membres soumis à une pression particulière afin d'apporter une assistance technique. L'enregistrement des empreintes digitales des demandeurs d'asile dans le système «Eurodac»¹²⁵⁵ permet la traçabilité des demandeurs d'asile.

La nécessité d'une coordination entre l'Union européenne et les États membres fait l'objet d'une acceptation progressive de la part de ces derniers. La Commission avait déjà pressenti en 2001 la nécessité de compléter le mouvement d'harmonisation législative par une coordination de l'action des États membres dans le but de construire une politique commune. Elle avait proposé d'étendre la méthode ouverte de coordination employée notamment dans le domaine de l'emploi, à celui de l'immigration¹²⁵⁶. Cette proposition n'a pas en tant que telle connu de suite en raison du fait que les États l'ont purement et simplement ignorée. La nécessité d'une coordination commence toutefois à être progressivement reconnue. La communication de la Commission du 17 juin 2008¹²⁵⁷ propose ainsi de créer des instruments d'évaluation et de contrôle qui font penser comme le suggère P. DE BRUYCKER¹²⁵⁸ aux techniques de la méthode ouverte de coordination.

Enfin, afin de compenser l'« asymétrie »¹²⁵⁹ qui existe au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice, c'est-à-dire pour aider les États membres qui sont les plus exposés aux flux

¹²⁵⁵ Règlement (UE) n°603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à la création du système «EURODAC» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives et modifiant le règlement n°1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, précité.

¹²⁵⁶ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 11 juillet 2001, sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM(2001) 387.

¹²⁵⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, du 17 juin 2008 : « Une politique commune de l'immigration pour l'Europe : principes, actions et instruments », COM(2008) 359 final.

¹²⁵⁸ P DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », *op. cit.*, p.359

¹²⁵⁹ Y. BERTONCINI, « Les migrants, l'espace Schengen et la solidarité européenne », *Le Mot de Notre Europe*, juin 2011.

migratoires, des dispositifs financiers ont également été créés. Quatre fonds consacrés aux migrations ont été mis en place par la Commission européenne. Le Fonds pour les frontières extérieures¹²⁶⁰ crée un mécanisme de solidarité financière visant à soutenir les États membres qui supportent une charge financière déséquilibrée par rapport aux autres États membres qui est liée à la mise en œuvre des normes communes en matière de contrôle et de surveillance des frontières extérieures, ainsi que de la politique commune des visas. Ce Fonds a pour objectifs principaux de couvrir à la fois des tâches de contrôle et de surveillance des frontières extérieures, d'assurer une gestion efficace des flux de personnes aux frontières extérieures, d'assurer l'application uniforme par les gardes-frontières des dispositions du droit communautaire et d'améliorer la gestion des activités organisées par les services consulaires. Le Fonds pour le retour¹²⁶¹ a pour but de promouvoir l'élaboration d'une approche stratégique de la gestion des retours par les États membres, de promouvoir la coopération entre les États membres en matière de gestion des retours, promouvoir des outils (inter)nationaux novateurs spécialement destinés à la gestion des retours et de promouvoir les normes et les meilleures pratiques communautaires en matière de gestion des retours. Le Fonds d'intégration¹²⁶² permet de financer des actions destinées à promouvoir l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les sociétés d'accueil des États membres. Ce Fonds concerne les ressortissants de pays tiers qui résident sur le territoire de façon régulière au regard du séjour. Il vise principalement les actions concernant les ressortissants de pays tiers arrivés depuis peu, mais aussi celles qui visent des groupes spécifiques : enfants, femmes, personnes âgées ou les personnes souffrant d'un handicap. Le Fonds pour les réfugiés¹²⁶³ a pour objectif de regrouper

¹²⁶⁰ Décision n°574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L 144 du 6 juin 2007, p.22 ; Règlement (UE) n°515/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et des visas et abrogeant la décision n° 574/2007/CE, JO L 150 du 20 mai 2014, p.143.

¹²⁶¹ Décision n°575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L 144 du 6 juin 2007, p. 45 ; Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration », modifiant la décision 2008/381/CE du Conseil et abrogeant les décisions n°573/2007/CE et n°575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2007/435/CE du Conseil, JO L 150 du 20 mai 2014, p.168.

¹²⁶² Décision n°435/2007/CE du Conseil, du 25 juin 2007, portant création du Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la période 2007-2013, JO L 168 du 28 juin 2007, p.18.

¹²⁶³ Décision n°573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mai 2007, portant création du Fonds

dans un seul instrument les actions en matière d'intégration des réfugiés, d'accueil des demandeurs d'asile et d'aide au rapatriement volontaire des personnes déboutées de leur demande d'asile ou déplacées dans le cadre d'un régime de protection temporaire (depuis 2008, ce type d'actions n'est plus financé dans le cadre du FER, mais dans le cadre du Fonds européen pour le retour). Pour la période 2014/2020, deux nouveaux fonds, le Fonds « Asile, migration et intégration » et le Fonds « sécurité intérieure » remplacent désormais ces quatre Fonds existants¹²⁶⁴.

Si la notion de solidarité intra-européenne¹²⁶⁵ est consacrée formellement dans les dispositions du droit primaire relatives à la politique migratoire de l'Union, ce n'est pas pour autant un argument susceptible de limiter les stratégies de défausse des États vis-à-vis des autres concernant les flux migratoires. Car, avant même cette confirmation textuelle, comme il vient d'être exposé, des instruments juridiques de mise en œuvre du principe de solidarité ont été consacrés et ils étaient censés renforcer la confiance mutuelle entre les États membres. Cependant, les derniers événements intervenus au niveau de l'Union semblent indiquer que la confiance mutuelle est remise en cause par la pratique des États membres.

européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires» et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JO L 144 du 6 juin 2007, p.1.

¹²⁶⁴ Règlement (UE) n°513/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et la répression de la criminalité ainsi qu'à la gestion des crises, et abrogeant la décision 2007/125/JAI du Conseil, JO L du 20 mai 2014, p.93 ; règlement (UE) n°514/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant dispositions générales applicables au Fonds « Asile, migration et intégration » et à l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité, ainsi qu'à la gestion des crises, JO L 150 du 20 mai 2014, p.112 ; règlement (UE) n°515/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et de visas et abrogeant la décision n°574/2007/CE, JO L 150 du 20 mai 2014, p.143 ; règlement (UE) n°516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration », modifiant la décision 2008/381/CE du Conseil et abrogeant les décisions n°573/2007/CE et n°575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2007/435/CE du Conseil, JO L 150 du 20 mai 2014, p.168 ;

¹²⁶⁵ Il existe également une dimension externe de la solidarité européenne lorsque l'Union associe des États tiers à la gestion des flux migratoires par le biais d'accords de réadmission. Ces accords sont conclus avec les États d'origine ou de transit des ressortissants d'États tiers. Cette compétence de l'Union est explicitement consacrée dans l'article 79 paragraphe 3 TFUE affirmant que l'Union « peut conclure avec des pays tiers des accords visant à la réadmission, dans les pays d'origine ou de provenance, de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou qui ne remplissent plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de l'un des États membres ». C'est ainsi que l'Union a signé de tels accords avec par exemple la République d'Albanie (2005), la Fédération de Russie (2007), l'Ukraine (2007), la Géorgie (2011), l'Arménie (2013).

Paragraphe 2. La solidarité, un principe malmené par les États membres

Nonobstant l'existence de mécanismes de solidarité, le constat ne peut être qu'unanime : la politique européenne d'immigration et d'asile souffre d'insuffisances sur le plan de la collaboration entre les États membres. Deux exemples factuels relatifs à la gestion des espaces «Dublin» et «Schengen» avant d'être réformés révèlent ainsi le dévoiement du principe de solidarité. Le premier exemple est ainsi relatif aux réadmissions de demandeurs d'asile dans les États membres qui ne sont pas en capacité de traiter leurs demandes. Partant, l'application du principe de confiance mutuelle est équivalente à une sorte de «blanc-seing» attribué aveuglément d'un État membre à un autre dans le cadre du système «Dublin II» (A). En revanche, il se mue en principe de défiance mutuelle dans le cadre de l'espace Schengen (B).

A. Le système «Dublin II» (avant refonte) : le «trop» de confiance mutuelle

Adopté par le Conseil de l'Union Européenne le 18 février 2003¹²⁶⁶ et remplaçant une précédente Convention de Dublin signée en 1990, le règlement «Dublin II» est un système qui, en principe, a pour but d'établir un partage plus équitable des responsabilités entre les États membres et d'éviter la course au «tribunal du mieux-disant» et les demandes d'asiles multiples. Autrement dit, l'objectif de la politique d'asile de l'Union européenne est de lutter contre *l'asylum shopping*, c'est-à-dire contre les demandes d'asile multiples déposées par une seule personne auprès de différents États membres en espérant que l'une d'entre elles aboutisse et d'éviter que les demandeurs d'asile ne privilégient les États jugés les plus protecteurs. En somme, le système est censé neutraliser toute mise en concurrence des législations nationales par l'étranger qui sollicite l'asile sur le territoire de l'Union.

¹²⁶⁶ Règlement (CE) n°343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (Dublin II), précité.

Ce système de l'examen unique de la demande d'asile, dans le cadre de «Dublin II», s'est accompagné du règlement concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales adopté en 2000¹²⁶⁷. Celui-ci a pour objectif de faciliter l'application du règlement «Dublin II» et participe également à la lutte contre *l'asylum shopping*. Il s'agit d'un système automatisé se composant d'une base centrale et informatisée de données sur les empreintes digitales des demandeurs d'asile et de certaines catégories d'immigrés illégaux de plus de 14 ans et de moyens électroniques de transmission entre les États de l'Union européenne et la base de données centrale. Les empreintes digitales relevées sont accompagnées de données d'identification du demandeur et surtout d'informations relatives à sa demande d'asile. Elles sont conservées dix ans pour les demandeurs d'asile sauf si le demandeur se voit reconnaître le statut de réfugié et deux ans pour les étrangers pris en franchissant illégalement une frontière, mais sont effacées en cas d'acquisition de la citoyenneté de l'Union européenne.

Le règlement «Dublin II» établit les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'État tiers. C'est le principe de l'examen unique par un seul État membre. Le règlement définit les critères permettant de désigner l'État responsable de l'examen de la demande d'asile, les autres États étant alors dispensés d'examiner la demande.

Les critères de détermination de l'État responsable s'apprécient à la date d'introduction de la première demande¹²⁶⁸. Le premier critère est fondé sur le principe de l'unité de la famille. D'une part, si demandeur d'asile est un mineur non accompagné, l'État membre responsable de l'examen de sa demande est celui dans lequel un membre de sa famille se trouve légalement ou, à défaut, l'État où a été déposée sa demande. D'autre part, pour les majeurs, l'État responsable est celui dans lequel se trouve un membre de la famille qui bénéficie déjà du statut de réfugié ou dont la demande est en cours d'examen¹²⁶⁹. Le second critère est fondé sur l'entrée illégale ou le séjour dans un État membre. D'une part, si le demandeur d'asile a franchi irrégulièrement les frontières d'un État membre, ce dernier est

¹²⁶⁷ Règlement (CE) n°2725/2000 du Conseil, du 11 décembre 2000, concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins d'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316 du 15 décembre 2000, p.1

¹²⁶⁸ Chapitre III du règlement (CE) n°343/2003, précité.

¹²⁶⁹ Articles 6 et 7 règlement (CE) n°343/2003, précité.

responsable de l'examen de la demande d'asile, cette responsabilité prenant fin douze mois après la date du franchissement de la frontière. D'autre part, lorsque le demandeur d'asile a vécu dans un État membre pour une période continue d'au moins cinq mois avant d'introduire sa demande d'asile, cet État devient responsable de son examen. S'il a vécu au moins cinq mois dans plusieurs États membres, l'État membre où il a vécu le plus récemment est responsable de la demande. Le troisième critère est fondé sur l'entrée légale dans un État membre. L'État membre responsable est celui qui lui a délivré un titre de séjour ou un visa en cours de validité ou expiré depuis peu. Le quatrième critère est relatif à la demande d'asile introduite dans une zone de transit international d'un aéroport d'un État membre, ce dernier est responsable de l'examen de la demande. Si aucun de ces critères ne permet de désigner un État responsable de la demande d'asile, le premier État membre auquel la demande d'asile a été adressée est responsable de son examen. Si un État membre auprès duquel une demande d'asile a été introduite considère qu'un autre État membre est responsable, il peut demander à cet État membre de prendre en charge la demande.

D'une part, ce mécanisme repose sur la confiance mutuelle entre les États membres qui conduit à considérer que toute demande d'asile sera examinée de la même façon dans tout les États membres. Pour éviter toute concurrence horizontale, il était donc nécessaire de limiter la « défiance naturelle visant à ne pas être plus généreux que le voisin »¹²⁷⁰. Il a donc été nécessaire d'harmoniser la procédure d'examen des demandes d'asile. En somme, le système «Dublin II» devait reposer, pour être efficace, sur le présupposé que tous les États membres appliquent de façon identique les mêmes critères et procédures d'examen des demandes d'asile. C'est ainsi qu'à partir du Traité d'Amsterdam, plusieurs directives ont été logiquement adoptées. Les directives «accueil»¹²⁷¹ et «procédure»¹²⁷² visent à harmoniser les droits et les procédures qui entourent le parcours administratif du demandeur d'asile. La première fixe les conditions de vie de ces derniers dans les différents États membres. La seconde définit des exigences procédurales minimales pour l'octroi ou pour le retrait du statut de réfugié par les États membres. S'agissant de la définition des personnes à protéger, la

¹²⁷⁰ J.-Y. CARLIER et F. CRÉPEAU, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », *op. cit.*, p.662.

¹²⁷¹ Directive 2003/09/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, précitée.

¹²⁷² Directive 2005/85/CE du Conseil, du 1^{er} décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, précitée.

directive «qualification»¹²⁷³ fixe les conditions que doivent remplir les ressortissants d'États tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié au titre de la Convention de Genève. Elle prévoit en outre et de manière inédite une protection subsidiaire¹²⁷⁴ au bénéfice des personnes inéligibles au statut de réfugié conventionnel. Enfin, la directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001¹²⁷⁵ consacre une «protection temporaire» en cas d'afflux massif de personnes déplacées. L'adoption de ces textes au niveau de l'Union européenne conduirait en théorie à « une sorte d'interchangeabilité des États, rendant sans incidence la substitution de l'un à l'autre »¹²⁷⁶.

D'autre part, il repose sur une double présomption selon laquelle les États respectent le principe de non-refoulement et que tous les États de l'Union soient considérés comme des pays sûrs par les ressortissants de pays tiers. Ainsi, sauf cas particulier, en cas de franchissement illégal de la frontière d'un État membre, c'est l'État dans lequel est entré le demandeur venant d'un État tiers qui est responsable de l'examen de la demande. Partant, les réadmissions sont quasi automatiques sans remettre en cause la double présomption de sûreté des États membres.

Cependant, le système de «Dublin II» instaure un système de «chance unique» qui devient une véritable loterie, vu l'écart des taux de reconnaissance dans les différents États membres. Critique, S. BARBOU DES PLACES affirme ainsi que la « fiction de

¹²⁷³ Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (abrogée par la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011), précitée.

¹²⁷⁴ Selon les termes de l'article 2 e) de la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004, précitée, peut bénéficier de la protection subsidiaire « tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 15, l'article 17, paragraphes 1 et 2, n'étant pas applicable à cette personne, et cette personne ne pouvant pas ou, compte tenu de ce risque, n'étant pas disposée à se prévaloir de la protection de ce pays »

¹²⁷⁵ Directive 2001/55/CE du Conseil, du 20 juillet 2001, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, précitée.

¹²⁷⁶ C. PICHERAL, « Les États membres de l'Union, Des États sûrs au regard de l'asile ? Regards croisés sur une présomption recadrée », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p.869.

l'équivalence » des droits nationaux en matière d'asile est un « cas grave de myopie »¹²⁷⁷.

En pratique, le système de Dublin II a montré ses limites. Il s'est révélé peu efficace en plaçant une charge disproportionnée sur des États comme la Grèce, Malte, l'Espagne, l'Italie et Chypre situés aux frontières extérieures de l'Union européenne. Ainsi, la situation d'un État membre du Sud, au bord de la Méditerranée, n'est pas équivalente à celle d'un État membre du Nord de l'Union européenne.

Pour ne prendre que l'exemple de la Grèce, l'afflux massif de migrants par la mer qu'elle connaît en raison de sa position géographique fait que cet État ne peut plus s'acquitter de ses obligations. En effet, cet État est très exposé à l'immigration illégale du fait de la longueur de ses côtes, 16000 km. Ce qui explique pourquoi 80 % des étrangers en situation irrégulière interpellés dans tout l'espace Schengen entre 2010 et 2012 sont entrés initialement par cet État. Sa situation économique fait qu'elle n'a pas les moyens financiers, humains, matériels de faire face à cette immigration. De même, Malte connaît une pression disproportionnée pour un tout petit État. Concrètement, le traitement unique des demandes d'asile par un État responsable est un échec. La responsabilité pesant sur certains États est démesurée d'où l'émergence de graves dysfonctionnements tant sur le plan de l'efficacité du système de « Dublin II » que sur le plan des droits de l'homme.

À ce titre, en 2008, J. BARROT dresse un constat en demi-teinte à propos de la coopération dans le cadre du système de « Dublin II ». S'il a permis de « juguler le phénomène d'« asylum shopping » », en revanche, il est « appliqué de manière trop rigide » et « pénalise les demandeurs d'asile (...) Selon l'État membre où est faite la demande d'asile, la chance d'obtenir une réponse positive varie parfois de 1 à 100 ». Il préconise alors une révision du règlement « Dublin II » dans le sens d'une « plus grande souplesse » notamment en permettant la « suspension temporaire du mécanisme de Dublin afin que les demandes d'asile effectuées dans un État membre qui ne peut pas les traiter de manière adéquate puissent être transférées dans un autre État »¹²⁷⁸.

Les chiffres dévoilés par l'Office européen des statistiques témoignent de ce

¹²⁷⁷ S. BARBOU DES PLACES, « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », EUI Working Paper LAW n°2004/6, European University Institute, Florence, Department of law.

¹²⁷⁸ J. BARROT, « L'asile : un devoir pour une Europe fidèle à ses valeurs », Le Figaro, 01 décembre 2008.

réquisitoire du Commissaire européen. C'est ainsi que les 261000 demandes d'asile enregistrées en 2009 n'ont pas été équitablement réparties au sein de l'Union européenne. Si ce sont les États les plus peuplés tels que la France, l'Allemagne et le Royaume- Uni qui en accueillent le plus, ramenée à la population de chaque État membre, la charge de cet accueil pèse bien plus sur des petits pays comme Malte, Chypre, la Suède, la Belgique ou la Grèce¹²⁷⁹.

Pourtant, la Commission européenne a estimé, en novembre 2007, qu'« aucun problème majeur n'a été observé lorsque les conditions matérielles d'accueil sont fournies en nature et dans les centres d'accueil » et que sauf dans trois pays, l'Italie, la France et Chypre, le nombre de places d'hébergement « correspond aux besoins ». Or, ces observations ont été contredites par le Parlement européen qui, après les visites dans les États entre 2005 et 2009, regrette dans une résolution du 5 février 2009, que « la capacité des centres d'hébergement ouverts mis en place par certains États membres soit faible et ne semble pas correspondre aux besoins des migrants ». Cependant, les États membres ont continué d'y réadmettre des demandeurs d'asile sur le fondement du règlement –Dublin II’.

Pourtant, deux dispositions à caractère discrétionnaire permettent aux États membre de rendre flexible le système –Dublin II’ et garantissent le fait que le mécanisme de détermination n'est pas intangible. D'une part, l'article 15 de la Convention de Dublin pose une clause dite humanitaire permettant à un État d'examiner une demande à la demande d'un autre État membre pour des considérations humanitaires fondées notamment sur des motifs familiaux. D'autre part, l'article 3 paragraphe 2 consacre une clause dite de souveraineté qui autorise un État membre à décider unilatéralement et souverainement de traiter une demande même s'il n'est pas le premier État dans lequel le demandeur est passé.

Mais, cette dernière clause n'avait pas, *a priori*¹²⁸⁰, de caractère obligatoire y compris lorsqu'il est établi que l'État membre responsable de la demande ne respecte pas le droit d'asile. V. CHEN justifie ce paradoxe en affirmant que « pointer l'incapacité même ponctuelle d'un État européen à assumer ses obligations menace (...) de détruire cet

¹²⁷⁹ Eurostat, « Demandes d'asile dans l'UE27 », Communiqué de presse, n°64/2010, 4 mai 2010 ; « Décisions sur les demandes d'asile dans l'UE27. Les États membres de l'UE ont accordé la protection à 78800 demandeurs d'asile en 2009 », Communiqué de presse n°89/2010, 18 juin 2010.

¹²⁸⁰ Voir, *infra*, Section 2, paragraphe 1.

édifice »¹²⁸¹. En effet, invoquer la clause de souveraineté revient à remettre en cause la confiance mutuelle présumée entre les États membres de l'Union et dans le même temps à entamer l'économie du mécanisme de coopération européenne. En outre, chaque État conserve sa propre approche de la politique à adopter pour défendre ses intérêts en signant des accords de coopération avec des États tiers¹²⁸². Sur ce fondement, certains juges nationaux ont toutefois annulé des renvois de demandeurs d'asile vers la Grèce. Par exemple, en France, les tribunaux administratifs ont rendus plusieurs ordonnances suspendant les transferts vers la Grèce¹²⁸³.

Certaines initiatives individuelles d'États membres consacrent pleinement et efficacement l'idée de solidarité en matière d'immigration. Des dispositifs de transfert de réfugiés et de demandeurs d'asile entre États membre ont été par exemple mis en œuvre. Ce fut le cas en 2006 et 2007, l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Irlande et La Lituanie ont eu l'initiative d'accueillir quelques familles de réfugiés reconnus par Malte. L'Union européenne s'en est d'ailleurs inspirée. En effet, l'idée figure comme troisième priorité de la décision 573/2007 de la Commission du 29 novembre 2007¹²⁸⁴. Et c'est suite au déplacement le 15 mars 2009 à Malte de J. Barrot, commissaire à la justice et aux affaires intérieures, qu'un projet pilote en matière de relocalisation de réfugiés depuis Malte vers d'autres États membres a été lancé. Mais seuls dix États membres ont accepté de se voir réattribuer des bénéficiaires d'une protection internationale en provenance de Malte. La Commission l'a d'ailleurs déploré¹²⁸⁵. Et, Malte n'est pas le seul État membre à souffrir d'une pression

¹²⁸¹ V. TCHEN, « La coopération communautaire en matière d'examen des demandes d'asile (CE, *réf.*, 20 mai 2010) », *AJDA*, n°7, juillet 2010, comm. 112, pp.32 et s.

¹²⁸² Par exemple, l'Italie avait signé un accord de coopération avec la Lybie. En vertu de cet accord aujourd'hui suspendu, l'Italie avait rapatrié en Lybie toutes les personnes secourues dans les eaux internationales. Cette solution individuelle était certes efficace pour contenir les arrivées de migrants en situation irrégulière en Italie. Cependant, elle a suscité certaines inquiétudes au regard du déni d'accès à la protection internationale et le traitement des personnes renvoyées en Lybie. D'autres États membres ont signé des accords bilatéraux avec des États tiers. C'est le cas de l'Espagne avec la Mauritanie.

¹²⁸³ Voir l'article de S. SLAMA, « Réadmission vers la Grèce : le droit européen de l'asile en question », in E-colloque *Les grands enjeux de l'État de droit*, Fondation Albert Cohen, <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=readmissionsverslagrece>

¹²⁸⁴ Décision n°573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général Solidarité et gestion des flux migratoires et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JO L 144 du 6 juin 2007, p.1.

¹²⁸⁵ Rapport de la commission au parlement européen et au conseil. Premier rapport annuel sur l'immigration et l'asile (2009), 6 mai 2010, COM(2010) 214 final, p.8.

migratoire trop forte.

C'est ainsi que, d'autres États membres comme Chypre, la Grèce, l'Italie et l'Espagne se sont associés à Malte, dans un communiqué conjoint¹²⁸⁶, pour appeler l'Union européenne à faire preuve d'avantage de solidarité et de partage des responsabilités. Il ont insisté sur le fait qu'une « éventuelle prolongation des (...) arrivées d'immigrés en situation irrégulière et de demandeurs d'asile dans les États membres riverains de la Méditerranée n'est pas gérable sans un soutien et une solidarité concrets et substantiels du reste des États membres de l'Union européenne ». Si, dans ses conclusions sur la gestion des migrations en provenance des pays du voisinage méridional, adoptées les 11 et 12 avril 2011, le Conseil européen semble prendre conscience de l'urgence en affirmant clairement que « la nécessité d'une solidarité véritable et concrète avec les États membres les plus directement concernés par les mouvements migratoires » est nécessaire, il n'en définit pour autant la forme que doit prendre cette solidarité.

B. La coopération Schengen (avant réforme) : le “pas assez” de confiance mutuelle

Établie en 1985, la coopération de Schengen a pour objectif de mettre en œuvre un espace de libre circulation sans contrôles aux frontières intérieures. Pour ce faire, les États ont adopté des mesures d'accompagnement portant entre autres sur la gestion des frontières extérieures. En principe, chaque État membre de l'espace Schengen doit ainsi garantir qu'il effectue les contrôles aux frontières extérieures en prenant en compte les intérêts de chacun de ses partenaires. Ces contrôles aux frontières extérieures visent concrètement à déterminer si les ressortissants de pays tiers remplissent les conditions pour entrer sur le territoire de l'Union et qui sont énumérées dans la Convention d'application des accords de Schengen et le code frontière Schengen¹²⁸⁷.

¹²⁸⁶ Communiqué conjoint II, Nicosie, 19 avril 2011.

¹²⁸⁷ Article 5 paragraphe 1 CAAS (Convention d'Application de l'Accord de Schengen) et article 5 paragraphe 1 du CFS (Code Frontières Schengen).

L'application par les États membres de ces dispositions est cependant contestable. Pour preuve, la vague de migrants tunisiens et libyens durant les révoltes du « Printemps arabe » en 2011 a révélé les lacunes de la coopération Schengen et particulièrement le défaut de confiance mutuelle et de coopération loyale entre les États membres¹²⁸⁸. Pourtant, ce principe de confiance mutuelle est le pilier fondamental du fonctionnement de l'espace Schengen.

En avril 2011, les États membres ont laissé l'Italie seule gérer cette situation migratoire difficile. Face à cet afflux massif d'étrangers, le ministre italien a sollicité la solidarité européenne. En vain, parce que la Commission a estimé que les arrivées de ces migrants sur les côtes italiennes n'étaient pas conséquentes et que les opérations menées par FRONTEX telles que Hermes ou Extension 2011 ainsi que les fonds versés à l'Italie pour l'aider à gérer ses frontières suffisaient.

L'Italie, sur la base du code frontière Schengen¹²⁸⁹ a alors pris la décision d'accorder à ces migrants tunisiens et libyens des titres de séjour humanitaires de six mois et plus particulièrement à ceux qui désiraient quitter l'Italie. En effet, l'attribution d'un tel visa leur permettait de circuler dans l'espace Schengen¹²⁹⁰. Conformément au code frontière Schengen¹²⁹¹, l'Italie avait notifié à la Commission européenne ces titres de séjour temporaire et ne semblait pas avoir failli à ses obligations¹²⁹².

Craignant que ces migrants ne se dirigent vers son territoire, la France a réagi très rapidement en rétablissant les frontières avec l'Italie et en repoussant les migrants en invoquant l'illégalité des visas. Pour ce faire, elle invoquait des motifs de sécurité nationale et d'ordre intérieur en vertu¹²⁹³ du code frontière Schengen. Elle était, en effet, autorisée à demander aux ressortissants de produire les documents exigés pour entrer dans l'espace

¹²⁸⁸ B. NASCIMBENE et A. DI PASCALE, « The «Arab Spring» and the Extraordinary Influx of people who arrived in Italy from North Africa », *European Journal of Migration and Law*, 2011, pp.341-360. S. CARRERA, E. GUILD, M. MERLINO et J. PARKIN, « A rage against Solidarity : The Schengen Regime and the Franco-italian Affair », *CEPS*, Avril 2011.

¹²⁸⁹ Articles 5 paragraphe 2 CAAS et 5 paragraphe 4 CFS.

¹²⁹⁰ Article 21 de la CAAS et l'article 2 paragraphe 3 du décret italien du 5 avril 2011.

¹²⁹¹ Article 34 paragraphe 1 du CFS.

¹²⁹² M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « La remise en cause des accords de Schengen », *CERISCOPE Frontières*, 2011, <http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part2/la-remise-en-cause-des-accords-de-schengen?page=show>

¹²⁹³ Point e des articles 5 paragraphe 1 de la CAAS et du CFS.

Schengen par la Convention d'application des accords de Schengen¹²⁹⁴. Selon l'article 21, « les étrangers titulaires d'un titre de séjour délivré par une des parties contractantes peuvent, sous le couvert de ce titre ainsi que d'un document de voyage, ces documents étant en cours de validité, circuler librement pendant une période de trois mois au maximum sur le territoire des autres parties contractantes, pour autant qu'ils remplissent les conditions d'entrée visées à l'article 5, paragraphe 1, points a,c et e ». La France pouvait donc exiger de tout migrant de présenter des documents valables permettant le franchissement de la frontière, de justifier de l'objet et des conditions du séjour envisagé et de disposer de moyens de subsistance suffisants et de ne pas constituer une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale.

Juridiquement, cette intervention de la France était donc tout aussi possible que celle de l'Italie¹²⁹⁵ et, prouve « la grande plasticité des dérogations actuelles »¹²⁹⁶. Seulement, force est de reconnaître qu'il s'agissait plus d'« une réponse du berger à la bergère » qu'une application de l'esprit de Schengen. Autrement dit, chacun de ces États a mis en place une tactique de défausse en prenant une décision servant son seul intérêt. M. GAUTIER relève ainsi que cette crise a particulièrement révélé « la mauvaise foi »¹²⁹⁷ des États membres dans l'application du dispositif Schengen. D'un côté, l'Italie a abusé de son droit de donner des visas parce qu'elle savait que ces migrants allaient quitter son territoire une fois reçus. Elle a, par conséquent, méconnu le principe de coopération loyale. De l'autre côté, la France a abusé de son droit de fermer ses frontières en interprétant de manière excessive l'atteinte à l'ordre public parce qu'elle ne souhaitait pas les accueillir sur son territoire. Elle a, par conséquent, pris une décision méconnaissant le principe de proportionnalité.

Force est d'admettre que la gestion des espaces « Schengen » et « Dublin » manque de solidarité entre les États membres qui prônent le « chacun pour soi ». Dans les deux cas, il s'agit en réalité d'une défausse des États membres qui ne veulent pas partager de manière équitable et solidaire la responsabilité de la maîtrise des flux migratoires. Les États membres

¹²⁹⁴ Article 21 paragraphe 1 CAAS.

¹²⁹⁵ Sur la régularité des décisions italiennes et françaises, voir Y. PASCOUAT, « Schengen and Solidarity : the Fragile Balance between Mutual Trust and Mistrust », European Policy Centre/ Notre Europe, Policy paper, July 2012.

¹²⁹⁶ M. GAUTIER, « Les frontières de l'espace Schengen, reflet des difficultés de la construction européenne », intervention du 12 mars 2012, Cycle de conférences « Quelles frontières pour l'Union européenne ? », Rennes.

¹²⁹⁷ *Ibid.*

rester maîtres en dernier ressort de la décision d'autoriser ou non l'entrée ou le séjour d'un étranger, le principe de coopération loyale n'est pas toujours à l'œuvre. Cependant, ces deux exemples factuels ont été suivis d'une réforme dans chacun des cas, plus ou moins satisfaisante selon le domaine concerné.

SECTION 2. LES REMÈDES EUROPÉENS À L'ABSENCE DE SOLIDARITÉ

Alors que les États membres semblent « ériger la confiance mutuelle en dogme intangible, supposé les exonérer de toute obligation d'appréciation »¹²⁹⁸, et d'être ainsi solidaire envers les États membres qui supportent le plus les flux migratoires, notamment les demandeurs d'asile, les juges européens sont venus mettre fin à la pratique des États consistant à transférer automatiquement les demandeurs d'asile vers la Grèce qui n'a pas la capacité matérielle de gérer seul cet afflux important d'immigrés. Ces arrêts ont été salués par la doctrine parce qu'il n'est pas coutume que la Cour de justice et la Cour européenne « aient l'occasion d'entretenir un dialogue aussi direct, constructif et harmonisé »¹²⁹⁹. H. LABAYLE juge ainsi à propos de ces deux arrêts que « les interactions de ce qu'il est convenu d'appeler « le dialogue des juges » n'est pas une image ou un vœu pieux. Elles sont bien réelles »¹³⁰⁰ (Paragraphe 1). Ces deux arrêts ont été un signal fort aux États membres et institutions de l'Union qui ont souhaité réaffirmer avec force la solidarité par une réforme de l'asile mais également de la gouvernance Schengen. Cependant, elles ne vont pas aussi loin que ce que souhaitait la Commission européenne (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La répression jurisprudentielle de l'absence de solidarité européenne

Les atteintes étatiques répétées au principe de solidarité européenne, tout particulièrement en matière d'asile, ont été condamnées successivement par la Cour

¹²⁹⁸ C. PICHERAL, « Les États membres de l'Union, Des États sûrs au regard de l'asile ? Regards croisés sur une présomption recadrée », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p.871.

¹²⁹⁹ F. GAZIN, « Du bon emploi du règlement « Dublin II » sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *Europe*, Mai, 2012, Études n° 3, p.9.

¹³⁰⁰ H. LABAYLE, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *op. cit.*, p.273.

européenne des droits de l'Homme (A) et par la Cour de justice (B) dans les arrêts respectifs *M.S.S.*¹³⁰¹ et *N.S.*¹³⁰² alors même que les États membres appliquaient à la lettre le règlement Dublin II, soit une règle européenne unifiée censée neutraliser la concurrence horizontale.

A. L'absence de solidarité condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme

C'est à propos du règlement «Dublin II» que la Cour européenne des droits de l'Homme est venue largement condamner son fonctionnement. Le mécanisme mis en place repose sur l'hypothèse que tous les États membres sont sûrs et qu'ils respectent le principe de non- refoulement vers un État tiers. Cette double présomption n'est pas pour autant irréfutable. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme le 21 janvier 2011 qui « sonne comme un véritable coup de semonce pour le législateur national comme européen »¹³⁰³.

¹³⁰¹ CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n°30696/09 (ci-après «arrêt *M.S.S.*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de F. BENOIT-ROHMER, « L'Union et la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDE*, 2012, p.384 ; M.-C. DE MONTECLER, « Le règlement « Dublin » face à la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2011, p.138 ; N. HERVIEU, « Droit des étrangers (Art. 3 et 13 CEDH) : Conventionnalité de la procédure de réadmission «Dublin II» dans son application aux demandeurs d'asile renvoyés vers la Grèce », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 janvier 2011 ; S. MARMIN, « Interdiction des traitements inhumains ou dégradants ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre 21 janvier 2011, *M.S.S. contre Belgique et Grèce*, requête numéro 30696/09 », *JDI*, 2012, p.1068, C. RAUX, « La politique d'asile de l'Union européenne dans le viseur de la cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 2011, p.1023.

¹³⁰² CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, *Rec.*, p. I-13905 (ci-après «arrêt *N.S.*»). Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Asile, confiance mutuelle entre États membres et droits fondamentaux », *AJDA*, 2012, p.309 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Les gens de Dublin ont des droits : la qualification de pays d'origine sûr appliquée aux États membres de l'Union est une présomption réfragable », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 décembre 2011 ; H. BRODIER, *L'Europe des libertés, revue d'actualité juridique*, 2012, n° 37, p.19 ; F. GAZIN, « Du bon emploi du règlement « Dublin II » sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *Europe*, Mai, 2012, Études n°3, p.9, A. MATTERA, « Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne », *RDUE*, 2012, n°1, p.121.

¹³⁰³ M.-L. Basilien-Gainche, « Les gens de Dublin ont des droits : la qualification de pays d'origine sûr appliquée

Dans le cas soumis à la Cour, un ressortissant afghan était entré sur le territoire de l'Union par la Grèce. Arrivé en Belgique, il y avait introduit une demande d'asile. En vertu du règlement –Dublin II¹³⁰⁴, les autorités de cet État avaient demandé à la Grèce, reconnue comme seule compétente pour examiner cette demande, de prendre en charge la demande d'asile du requérant. Sans réponse de la Grèce, la Belgique avait alors notifié au requérant une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire belge vers la Grèce. Le requérant avait introduit un recours à l'encontre de la décision de transfert auprès du Conseil du Contentieux des Étrangers qui avait rejeté sa requête et sollicité également la Cour européenne des droits de l'Homme en faisant notamment état du risque de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme en Grèce. La Cour européenne n'avait pas dans un premier temps accordé de mesure provisoire mais avait demandé à être informée de la situation du requérant¹³⁰⁵ qui fut transféré par la suite vers la Grèce qui le mit en détention avant de lui délivrer une carte de demandeur d'asile. Le requérant avait informé son avocat des mauvaises conditions dans lesquelles il se trouvait en Grèce, notamment des conditions de détention et l'absence de logement et de ressources. La Cour européenne avait décidé de prendre des mesures provisoires à l'encontre de la Grèce¹³⁰⁶ et demandé de ne pas expulser le requérant avant l'attente de l'issue de la procédure devant elle.

Cette affaire était « délicate puisqu'elle renvoyait dos à dos deux États » et devait conduire la Cour européenne à apprécier au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme la procédure de réadmission prévue par le règlement –Dublin II¹³⁰⁶ qui repose sur la confiance mutuelle entre États membres. En simplifiant, la Cour européenne était amenée à répondre à la question de savoir si les États doivent se prêter une confiance aveugle lors des réadmissions lorsque le respect des droits fondamentaux des demandeurs d'asile est en jeu ?

En premier lieu, la Cour a condamné la Grèce pour défaut du traitement de l'intéressé avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme en considérant plus

aux États membres de l'Union est une présomption réfragable », *op. cit.*

¹³⁰⁴ Paragraphe 32 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité : « Je serai donc gré à votre gouvernement de bien vouloir se charger d'informer la Cour des progrès de toute demande d'asile formulée par le requérant en Grèce ainsi que de son lieu de détention, au cas où il serait incarcéré à son arrivée dans ce pays ».

¹³⁰⁵ Paragraphe 40 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité.

¹³⁰⁶ A. LEVADE, « Equivalence de protections ou quand la Belgique viole la Convention européenne en croyant respecter le droit de l'Union », *Constitutions*, 2011, p.334.

précisément qu'il a subi un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Cette condamnation n'a rien de surprenant au regard de la multiplication des condamnations ces dernières années de cet État par la Cour européenne en raison des mauvaises conditions de détention des demandeurs d'asile constitutives de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention¹³⁰⁷.

Certes, la Cour a admis que la Grèce rencontrait des difficultés en raison de sa position géographique, accentuées par le mécanisme de responsabilité mis en place par le règlement –Dublin II'. Cependant, elle a considéré que « vu le caractère absolu de l'article 3, cela ne saurait exonérer un État de ses obligations au regard de cette disposition »¹³⁰⁸. Cette condamnation s'est doublée d'une violation du droit à un recours effectif. Il était, en effet, relevé que l'intéressé risquait « d'être refoulé directement ou indirectement vers son pays d'origine, sans un examen sérieux du bien fondé de sa demande d'asile et sans avoir accès à un recours effectif »¹³⁰⁹.

Mais, l'apport décisif de l'arrêt se situe surtout sur le terrain des griefs formulés contre la Belgique qui a transféré le requérant en Grèce. En application de la technique classique de la « violation par ricochet »¹³¹⁰, il était reproché à cet État d'exposer le requérant à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention en le renvoyant en Grèce. Les juges ont ainsi vérifié la conventionnalité du mécanisme prévu par le règlement –Dublin II' ainsi que la double présomption sur lequel il est fondé¹³¹¹, c'est-à-dire la présomption selon laquelle les

¹³⁰⁷ Pour de récentes condamnations similaires, v. Cour EDH, 1^e Sect., 22 juillet 2010, *A.A. c. Grèce*, n°12186/08; Cour EDH, 1^e Sect. 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grèce*, n°8256/07 ; Cour EDH, 1^e Sect. 11 juin 2009, *S.D. c. Grèce*, n°53541/07.

¹³⁰⁸ Paragraphe 223 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité.

¹³⁰⁹ Paragraphe 321 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité.

¹³¹⁰ Voir par exemple et récemment, Cour EDH, 5^e Sect. 2 décembre 2010, *B. A. c. France*, n°14951/09 ; Cour EDH, 3^e Sect. 20 juillet 2010, *N. c. Suède*, n°23505/09 ; Cour EDH, 4^e Sect. Dec. 6 juillet 2010, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, n°24027/07, 11949/08 et 36742/08.

¹³¹¹ CEDH, G.C. 10 février 1999 *Matthews c. Royaume-Uni*, n°24833/94. Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt *Matthews c/Royaume-Uni* », *RTDE*, octobre-décembre 1999, n°35, p.637 ; G. GORI et F. KAUFF-GAZIN, « L'arrêt *Matthews* : une protection globale des droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire ? », *Europe*, 2000, chron. 1 ; M. KAISER, « Le droit à des élections libres... L'application timide d'une disposition ambitieuse », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.435. Cour EDH, G.C. 30 juin 2005, CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, n°45036/98. Sur cet arrêt, voir notamment le commentaire de D. SZYMCAK, « La Cour européenne des droits de l'homme et le contrôle des actes

États membres respectent tous les principes de non-refoulement des demandeurs d'asile vers un pays où ils risquent à nouveau d'être persécutés et la présomption que tous les États membres sont considérés comme des pays sûrs par les ressortissants de pays tiers. Le problème est que cette double présomption aboutit la plus part du temps à des réadmissions quasi automatiques vers l'État compétent selon le règlement de «Dublin II» sans évaluation préalable du respect par ce dernier des exigences conventionnelles élémentaires. Les Pays-Bas, en qualité de tiers intervenant, avaient invoqué au soutien de la défense de la Belgique que condamner la Belgique «reviendrait de facto à révoquer le principe de confiance mutuelle interétatique sur lequel le système «Dublin» se fonde»¹³¹².

Après avoir rappelé la portée de sa jurisprudence *Bosphorus*¹³¹³ invoquée devant elle, la Cour a affirmé qu'elle n'était pas applicable en l'espèce du fait que la mesure belge de transfert ne relevait pas strictement des obligations internationales qui lient la Belgique au regard du droit de l'Union et qu'il n'y avait donc pas lieu d'examiner si la présomption de protection équivalente entre le droit de la Convention européenne et le droit de l'Union devait ou non être réfutée. Ainsi, les juges européens n'ont pas remis en cause la présomption favorable à l'Union européenne selon laquelle «l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention»¹³¹⁴. De la sorte, elle a établi une présomption de compatibilité de la mesure étatique mettant en œuvre le droit de l'Union avec la Convention. Cependant, elle s'est réservée la possibilité d'intervenir. Elle s'est focalisée sur le cas d'espèce, en démontrant que la Belgique était sortie du champ d'application de cette présomption¹³¹⁵ parce cet État avait en l'espèce un pouvoir d'appréciation⁴⁰. En effet, la Cour a rappelé qu'au sein du système «Dublin II» existe une clause à l'article 3.2 du Règlement appelée «clause de souveraineté» en vertu de laquelle «par dérogation au paragraphe 1, chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement». Par conséquent, elle a considéré que «les autorités belges auraient pu, en vertu du règlement, s'abstenir de

d'application du droit communautaire – Observations sous l'arrêt *Bosphorus Hava* du 30 juin 2005 », *JCP A*, n°37, 12 Septembre 2005, p.1311.

¹³¹² paragraphe 330 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité.

¹³¹³ Cour EDH, G.C. 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n°45036/98, précité.

¹³¹⁴ Paragraphe 338 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité.

¹³¹⁵ Paragraphe 340 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité.

transférer le requérant si elles avaient considéré que le pays de destination, en l'occurrence la Grèce, ne remplissait pas ses obligations au regard de la convention »¹³¹⁶. Mais plus qu'une possibilité, la Belgique aurait du écarter le principe de réadmission. La Cour a estimé qu'au moment d'expulser le requérant, les autorités belges savaient ou devaient savoir qu'il n'avait aucune garantie de voir sa demande d'asile examinée sérieusement par les autorités grecques. Il suffisait pour s'en convaincre de constater simplement les multiples condamnations de la Grèce par la Cour européenne¹³¹⁷. De même, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a rendu dix visites en Grèce depuis 1993, et dès 1997 il a fait part de ses préoccupations quant au traitement réservé aux étrangers en situation irrégulière placés en centre de rétention¹³¹⁸. La Belgique ne pouvait donc pas méconnaître le risque réel qui était encouru par le requérant s'il était expulsé vers la Grèce. De plus, elles avaient les moyens de s'opposer à son transfert en appliquant l'article 3.2 du règlement «Dublin II». Conséquemment, la décision de la Belgique de transfert vers la Grèce a constitué une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Par cette jurisprudence, la Grande chambre n'a pas condamné absolument le système des réadmissions «Dublin II». Elle a avalisé « le système européen d'asile, pour autant que les États assument, dans sa mise en œuvre leur responsabilité au regard des droits fondamentaux »¹³¹⁹ mais contraint les États parties et également membres de l'Union européenne au respect des exigences conventionnelles sans qu'ils ne puissent s'abriter derrière d'autres obligations européennes.

La clause de souveraineté, inscrite dans le règlement «Dublin II», devient une obligation et non plus une faculté laissée à l'appréciation des États¹³²⁰. En somme, elle a refusé « de conférer un véritable «blanc-seing» aux États membres de l'Union européenne par

¹³¹⁶ Paragraphe 340 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité.

¹³¹⁷ Cour EDH, 11 juin 2009, *S.D. c. Grèce*, n°53541/07 ; Cour EDH, 26 nov. 2009, *Tabesh c. Grèce*, n°8256/07 ; Cour EDH, 22 juillet 2010, *A.A. c. Grèce*, n°12186/08.

¹³¹⁸ Déclaration publique relative à la Grèce, Strasbourg, 15 mars 2011, CPT/Inf (2011) 10.

¹³¹⁹ J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne. Chronique de jurisprudence (1er janvier 2011-31 décembre 2011) », *JDE*, avril 2012, n°188, p.118 et s., spéc. p.133.

¹³²⁰ *Ibid.*

le seul fait de cette qualité »¹³²¹. Concrètement, chaque État membre demeure responsable individuellement au regard de la Convention européenne et ne sont pas considérés « comme des –États supers-sûrs» bénéficiant d’une présomption irréfragable de conformité au regard d’une violation alléguée de l’article 3 CEDH »¹³²². Ils ne sont pas condamnés en tant que membre de l’Union européenne mais en tant que membre du système de la Convention.

Si l’arrêt est sans incidence sur le droit de l’Union, il l’est sur sa mise en œuvre, et force est d’admettre avec H. LABAYLE que la Cour « apporte sa pièce à l’édifice (...) dans l’amélioration du dispositif européen ». Les États membres devront à l’avenir s’évaluer mutuellement en s’assurant que les États membres vers lesquels ils transfèrent respectent le principe de non-refoulement vers un États tiers et qu’ils offrent un traitement au demandeur d’asile conforme à l’article 3 durant l’examen de sa demande. Cette jurisprudence a eu rapidement des incidences dans l’ordre juridique de l’Union européenne puisque la Cour de justice a appliqué dans l’arrêt *N.S.* le raisonnement de la Cour européenne.

B. L’absence de solidarité condamnée par la Cour de justice de l’Union européenne

La Cour de justice a rendu le 21 décembre 2011 un arrêt qui va dans le même sens que l’arrêt *M.S.S.* de la Cour européenne des droits de l’Homme. La Cour de justice a, en effet, adopté une position similaire en se référant explicitement à cet arrêt. Elle répondait à une question soulevée par une juridiction anglaise dans le cadre d’une affaire relative à un afghan, monsieur *N.S.*, s’opposant à sa reconduite en Grèce décidée par le Royaume-Uni, au motif que ce transfert enfreignait les droits que lui confère la Convention européenne des droits de l’Homme.

La question au cœur de ce recours était celle de savoir si le –droit d’évocation» consacré à l’article 3 du règlement –Dublin II» conférant à un État membre la

¹³²¹ J. JAUMOTTE, « Le droit des étrangers : les derniers développements en droit européen. La jurisprudence récente de la CJUE et de la Cour européenne des Droits de l’Homme », in S. BODART (dir.), *Droit des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, coll. UB³, 2012, p.57.

¹³²² *Ibid.*

possibilité de déroger aux règles de compétence et d'examiner lui même une demande d'asile présentée sur son territoire au lieu de l'État membre normalement compétent est une obligation d'évocation—lorsque les droits fondamentaux du demandeur d'asile risquent d'être violés en cas de transfert dans l'État membre compétent.

La Cour a clairement répondu que les États membres «transférants» doivent assumer toutes les obligations dont cette compétence est assortie¹³²³. Plus précisément, ils sont tenus de transférer d'une manière conforme aux droits fondamentaux. Si un État transfère alors qu'il y a un risque sérieux de violation des droits fondamentaux, lorsqu'ils « peuvent avoir des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants »¹³²⁴ au sens de la Charte des droits fondamentaux, ce transfert est considéré lui-même comme une violation de ces droits.

Selon la Cour, il incombe aux États membres de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'État membre responsable au sens du règlement «Dublin II» lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les « défaillances systémiques »¹³²⁵ de la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur encourra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition. À ce titre, elle a considéré que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que les informations transmises par la Commission au Conseil de l'Union dans le cadre de la proposition de modifications du règlement «Dublin II», sont des éléments qui permettent d'établir l'existence d'une telle faille¹³²⁶. Le Royaume-Uni ne pouvait donc pas, en l'espèce, prétendre qu'il n'avait pas disposé des éléments nécessaires lui permettant d'être avisé de la situation grecque.

Par l'arrêt *N.S.*, la Cour de justice impose « à mots couverts, un mécanisme prétorien de solidarité entre les États »¹³²⁷. Elle oblige les États membres à opérer un contrôle minimal de la conformité des droits des autres États membres aux droits fondamentaux. Concrètement,

¹³²³ Point 84 de l'arrêt *N.S.*, aff. C-411/10, précité.

¹³²⁴ Point 81 de l'arrêt *N.S.*, aff. C-411/10, précité.

¹³²⁵ Points 88 de l'arrêt *N.S.*, aff. C-411/10, précité.

¹³²⁶ Points 90 et 91 de l'arrêt *N.S.*, aff. C-411/10, précité.

¹³²⁷ F. GAZIN, « Du bon emploi du règlement «Dublin II» sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *op. cit.*

elle les oblige à s'informer sur la situation des partenaires, à examiner rigoureusement le risque avant renvoi dans l'État membre responsable de la demande d'asile et à défaut, de mettre en œuvre la clause de souveraineté. Le jeu de cette clause soulève toutefois des interrogations.

La première question est relative à l'évaluation mutuelle des droits nationaux relatifs à l'asile. Comment le principe de solidarité interétatique peut-il être mise en œuvre efficacement si les États membres ignorent les législations et les politiques de leurs voisins. Cette question peut d'ailleurs paraître paradoxale dès lors les États membres de l'Union sont censés avoir les mêmes législations en matière d'asile puisqu'elles ont fait l'objet d'une harmonisation européenne. Certes, les États membres ne pouvaient pas méconnaître la situation de la Grèce parce que cet État avait fait l'objet de nombreuses condamnations par la Cour européenne. Mais, qu'en serait-il concernant un État qui ferait face à une crise inattendue et/ou temporaire ? Or, conformément à l'arrêt *N.S.*, si un État membre doit selon le règlement «Dublin II» transférer un demandeur d'asile vers l'État responsable, il doit au préalable évaluer les conditions du droit d'asile dans cet État.

Cet « –examen par les pairs» effectué par les États eux-mêmes »¹³²⁸ a d'ailleurs été consacré dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à l'article 70. Il consiste en un contrôle du respect des obligations des États membres par leurs –pairs» et favorise la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en facilitant la confiance mutuelle. La confiance mutuelle doit être une condition et non une présomption en matière d'asile. En effet, l'association confiance- reconnaissance- évaluation est un triangle vertueux qui doit être approfondie. L' –effet thermomètre» de l'évaluation mutuelle par les États entre eux garantit l'efficacité de la –subsidiarité à rebours».

Il est possible d'interpréter la solution *N.S.* comme donnant implicitement au principe d'évaluation mutuelle une valeur juridique obligatoire. Pour que l'évaluation mutuelle puisse être effective, l'échange d'informations en matière d'asile entre les États membres doit donc se développer. Le bureau européen d'appui en matière d'asile¹³²⁹ pourra s'avérer être un

¹³²⁸ H. LABAYLE, « L'espace de liberté, sécurité et justice : la nouvelle frontière ? », *Europe*, juillet 2008, p.55 et s.

¹³²⁹ Règlement (UE) n°439/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 2010, portant création du

instrument probant d'approfondissement de l'échange mutuel entre les administrations nationales en vue d'accroître la solidarité réciproque. Cette mise en réseau des administrations nationales devrait permettre à terme la constitution de règles et de pratiques qui guident la mise en œuvre du droit européen de l'asile de façon aussi proche que possible dans tous les États membres. Sans cette évaluation mutuelle, il est, en effet, difficile pour un État membre d'apprécier la question des défaillances systémiques dans un autre État membre.

La seconde question est relative à l'obligation ou non de l'État membre qui se prévaut de la clause de souveraineté d'examiner ensuite au fond la demande de protection internationale. Interrogée sur ce point, la Cour a répondu dans l'arrêt *Puid*¹³³⁰ du 14 novembre 2013 que l'obligation de mise en œuvre de la clause de souveraineté est une obligation de suspension de transfert et non une obligation d'examen au fond de la demande. L'État membre qui suspend le transfert doit ainsi poursuivre l'examen des critères ultérieurs établis par le règlement afin de déterminer un autre État membre responsable.

Ces deux jurisprudences, *M.S.S.* et *N.S.*, ont révélé les limites actuelles du système «Dublin II» et incité l'Union européenne à en réformer le fonctionnement. Sur ce point, la Cour européenne dans l'arrêt *M.S.S.* a évoqué la réforme qui est en cours avec pour but d'« améliorer substantiellement la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile et à mettre en place un mécanisme de suspension provisoire des transferts au titre du règlement Dublin »¹³³¹.

Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO L 132 du 29 mai 2010, p.11.

¹³³⁰ CJUE, 14 novembre 2013, *Bundesrepublik Deutschland contre Kaveh Puid*, aff. C-4/11, non encore publié au Recueil.

¹³³¹ Paragraphe 350 de l'arrêt *M.S.S.*, n°30696/09, précité : « À cela s'ajoute le fait que, depuis décembre 2008, le régime européen de l'asile lui-même est entré dans une phase de réforme et que, tirant les enseignements de l'application des textes adoptés au cours de la première phase, la Commission européenne a formulé des propositions visant à renforcer substantiellement la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile et à mettre en place un mécanisme de suspension provisoire des transferts au titre du règlement « Dublin » (...) »

Paragraphe 2. La prévention normative de l'absence de solidarité européenne

Les tensions au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice ont particulièrement révélé les failles dans la mise en œuvre de la solidarité entre les États membres. Et, les jurisprudences européennes rappelant les États membres à leur devoir de solidarité ont conduit les institutions de l'Union et les États membres à réagir. Deux réformes ont ainsi été mises en œuvres. D'une part, à la demande notamment de la France et de l'Italie, le système Schengen a été modifié (A). D'autre part, le droit d'asile a connu une refonte (B).

A. La solidarité dans le cadre de la réforme de "Schengen"

La crise intervenue entre la France et l'Italie au printemps 2011 n'est pas isolée. En juillet 2011, le Danemark a instauré des contrôles douaniers avec ses voisins de l'espace Schengen. Cet État a justifié cette mesure comme étant destinée à lutter contre l'immigration illégale. Après de nombreuses critiques quant à la probable violation du droit de l'Union¹³³², le gouvernement nouvellement élu au Danemark est revenu sur les mesures de son prédécesseur en matière de contrôle frontalier et réintroduit les procédures Schengen. Quoiqu'il en soit, cette affaire est symptomatique d'une tentation de repli nationaliste et d'un refus de solidarité entre les États membres.

Ces différents faits mettant à mal la cohérence du système Schengen ont abouti à une réflexion au niveau de l'Union et à un processus de révision des règles existantes qui vont dans le sens d'un élargissement des critères permettant de rétablir des contrôles aux frontières

¹³³² La Commissaire européenne aux affaires intérieures a écrit sur son blog en mai 2011 : « We are currently assessing all the information submitted by Denmark concerning their plans to reinforce customs controls at the borders. But the final decision on whether the Danish rules are in line with EU law will also depend on how they are put in practice. This is why, in agreement with the Danish authorities, I have today decided to send Commission experts to Denmark tomorrow to asses [sic] how the measures have been implemented ». En juillet 2011, elle exprimait sa préoccupation sur le fait que la mission des experts n'a pas donné les précisions recherchées MEMO/11/538 — Statement by Commissioner Malmström on the compliance of Italian and French measures with the Schengen acquis, Europa, 25 juillet 2011.

intérieures. Le paquet législatif relatif à la gouvernance Schengen a été adopté en octobre 2013 et entend d'une part, réviser le mécanisme d'évaluation de Schengen¹³³³ et d'autre part, modifier le code frontières Schengen portant notamment sur les règles relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles¹³³⁴.

Concernant tout d'abord le code frontières Schengen, le compromis trouvé consacre la possibilité de mettre en œuvre des contrôles aux frontières intérieures suivant deux procédures. La première est à l'initiative des États membres¹³³⁵. Selon l'ancienne version du code frontières Schengen, les États pouvaient déjà rétablir unilatéralement un contrôle à leurs frontières en cas de menace grave contre l'ordre public et la sécurité intérieure. La réforme en modifie les conditions applicables sans donner, contrairement à la volonté des français et des italiens, plus de pouvoirs aux États. Un État membre pourra décider unilatéralement de réintroduire temporairement des contrôles aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, à savoir en cas de « menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure ». Si une telle menace est prévisible, l'État membre devra notifier la réintroduction des contrôles prévue, au moins quatre semaines avant, aux autres États membres et à la Commission. Un délai plus court est possible dans des circonstances spécifiques. L'État membre devra fournir toutes les informations concernant la délimitation de la portion de frontière concernée, la durée de la réintroduction des contrôles aux frontières, ainsi que ses motivations. L'État devra précisément évaluer la nécessité et la proportionnalité des contrôles qu'il veut rétablir en mettant en balance l'incidence de la menace à l'ordre public et pour la libre circulation. La Commission pourra émettre un avis sur cette notification, et cet avis pourra aboutir à des consultations entre États membres et la Commission¹³³⁶. En cas d'urgence, la réintroduction des contrôles aux frontières pourra prendre effet immédiatement

¹³³³ Règlement (UE) n°1053/2013 du Conseil du 7 octobre 2013 portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen et abrogeant la décision du comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d'une commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, JO L 295 du 06 novembre 2013, p.27.

¹³³⁴ Règlement (UE) n°1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n°562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, JO L 295 du 06 novembre 2013, p.1.

¹³³⁵ Article 23 du règlement (UE) n°1051/2013, précité.

¹³³⁶ Article 23 bis du règlement (UE) n°1051/2013, précité.

pour une période limitée n'excédant pas dix jours¹³³⁷. Les formalités sont plus importantes pour les États membres concernés puisqu'ils doivent notifier la décision de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures à la Commission et aux autres États membres.

La seconde procédure de réintroduction des contrôles aux frontières extérieures est à l'initiative de la Commission européenne¹³³⁸. Cette procédure spécifique est mise en œuvre « en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen »¹³³⁹ pour une durée n'excédant pas 6 mois¹³⁴⁰. Cette possibilité ne peut être exercée que sur recommandation du Conseil qui elle-même doit s'appuyer sur une proposition de la Commission. Les conditions de sa mise en œuvre sont restrictives. Il faut des manquements graves et persistants de la part d'un État membre dans sa mission de contrôle des frontières intérieures, ainsi qu'une menace grave pour l'ordre public de l'espace en commun qu'aucune mesure de soutien spécifique recommandée par la Commission n'aura permis d'atténuer¹³⁴¹. Le Conseil doit en outre estimer que ce rétablissement des frontières est nécessaire et proportionnée à la situation.

Concernant le mécanisme d'évaluation du système Schengen, il a été remanié pour assurer une plus grande confiance mutuelle¹³⁴². Les évaluations sont désormais menées par des équipes mixtes qui associent des experts nationaux à des agents de la Commission et portent sur l'application de l'acquis Schengen. Elles prennent la forme de questionnaires et d'inspections participant à l'établissement de rapports d'évaluation dressant la liste des manquements. Les États membres évalués peuvent introduire des observations avant la publication définitive du rapport.

¹³³⁷ Article 25 du règlement (UE) n°1051/2013, précité. Le contrôle peut toutefois être prolongée pour des périodes renouvelables n'excédant pas vingt jours. Les prolongations éventuelles au titre ne doivent pas dépasser deux mois.

¹³³⁸ Article 26 du règlement (UE) n°1051/2013, précité.

¹³³⁹ Article 26 du règlement (UE) n°1051/2013, précité.

¹³⁴⁰ Selon l'article 26, paragraphe 1, du règlement (UE) n°1051/2013, précité, cette durée peut être prolongée, trois fois au maximum, pour une nouvelle durée n'excédant pas six mois si les circonstances exceptionnelles persistent.

¹³⁴¹ Article 26, paragraphe 2 du règlement (UE) n°1051/2013, précité.

¹³⁴² Règlement (UE) n°1053/2013 du Conseil du 7 octobre 2013 portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen et abrogeant la décision du comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d'une commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, JO L 295 du 06 novembre 2013, p.27.

Dans le cas où un rapport d'évaluation rédigé dans le cadre du mécanisme d'évaluation Schengen identifie de graves manquements dans les contrôles aux frontières extérieures de la part d'un État membre, la Commission pourra recommander à l'État membre concerné de prendre des mesures spécifiques qui pourront inclure le déploiement d'équipes de garde-frontières européens dans le cadre du règlement Frontex et / ou la soumission de plans stratégiques pour remédier aux problèmes identifiés. Dans le cas où un rapport d'évaluation conclut qu'un État membre a gravement manqué à ses obligations de contrôle aux frontières extérieures, mettant en danger le fonctionnement de l'espace Schengen, et si la situation persiste au-delà de trois mois, le Conseil pourra recommander, sur la base d'une proposition de la Commission, qu'un ou plusieurs États membres réintroduisent les contrôles à tout ou partie de leurs frontières intérieures.

Force est d'admettre que cette modification du système Schengen valorise très peu la solidarité entre les États membres. Les crises qui sont intervenues semblent avoir été un « prétexte »¹³⁴³ à une réforme du système Schengen dans un sens plus favorable aux États membres qui peuvent toujours rétablir de manière unilatérale et discrétionnaire en fonction de leur appréciation de leur ordre public des contrôles aux frontières intérieures. Cependant, la place importante accordée aux institutions de l'Union dans ces différents processus renforce « l'évolution –communautarisante– du système »¹³⁴⁴ Schengen. Il est également possible d'interpréter la procédure de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures qui est à l'initiative de la Commission comme participant à la formation d'un ordre public de l'Union européenne. Cette procédure, contrairement à celle initiée par un États membre, n'a pas pour but de protéger les intérêts d'un seul État mais « la protection des intérêts communs au sein de l'espace Schengen »¹³⁴⁵.

¹³⁴³ H. BRADY, « Saving Schengen. How to protect passport-free travel Europe », *Centre for European Reform*, 20 janvier 2012, p.33.

¹³⁴⁴ F. ANDREONE, F. LAFARGE et E. NEFRAMI, « Chronique de l'administration européenne », *RFDA*, 2013/4, n°148, p.1097 et s.

¹³⁴⁵ Article 26 du règlement (UE) n°1051/2013, précité.

B. La solidarité dans le cadre de la refonte de "Dublin"

Pour répondre aux insuffisances de l'harmonisation du droit d'asile qui ont été particulièrement révélées par l'arrêt *N.S.* et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'ensemble des textes européens relatifs à ce domaine a été réformé en 2013. Le Pacte européen sur l'immigration et l'asile de 2008¹³⁴⁶ avait déjà invité notamment la Commission européenne à présenter des propositions en vue d'instaurer une procédure d'asile unique comportant des garanties communes et d'adopter des statuts uniformes de réfugié d'une part, de bénéficiaire de la protection subsidiaire d'autre part et un système européen fondé sur plus de solidarité interétatique en cas de crise dans un État membre confronté à un afflux massif de demandeurs d'asile. Cet objectif avait été de nouveau affirmé en 2009 par le programme de Stockholm¹³⁴⁷ qui prévoit que les demandeurs d'asiles bénéficient d'un traitement de niveau équivalent partout dans l'Union, conformément à l'article 67 du TFUE qui affirme que l'Union développe une politique commune en matière d'asile. C'est ainsi que le système d'examen unique de la demande d'asile a été réformé.

La réforme de l'examen unique de la demande d'asile a tout d'abord abouti à l'adoption d'un nouveau règlement le 29 juin 2013¹³⁴⁸ qui est entré en vigueur le 19 juillet 2013 et, est applicable aux demandes de protection internationale formulées depuis le 1^{er} janvier 2014. Pour corriger les défaillances du système –Dublin II', l'article 3, paragraphe 2 du règlement –Dublin III' codifie la jurisprudence *N.S.* et *Puid* en affirmant que : « Lorsqu'il est impossible de transférer un demandeur vers l'État membre initialement désigné comme responsable parce qu'il y a de sérieuses raisons de croire qu'il existe dans cet État membre des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs, qui entraînent un risque de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

¹³⁴⁶ Document du Conseil n°13440/48.

¹³⁴⁷ Programme de Stockholm, *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, COM(2010) 171 final, JO C 115 du 4 mai 2010.

¹³⁴⁸ Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (règlement –Dublin III', refonte de –Dublin II'), précité.

l'État membre procédant à la détermination de l'État membre responsable poursuit l'examen des critères énoncés au chapitre III afin d'établir si un autre État membre peut être désigné comme responsable ». Ce mécanisme peut conduire à ce que la responsabilité de l'examen de la demande revienne à l'État qui prévoyait le transfert, afin d'éliminer tout risque de violation des droits fondamentaux du demandeur. Toutefois, il reviendra à l'État membre procédant à la détermination de l'État responsable d'évaluer lui-même l'existence ou non de défaillances systémiques dans la procédure d'asile de l'État membre normalement responsable.

À été également consacré un système d'alerte rapide¹³⁴⁹, de préparation et de gestion des crises en matière d'asile « afin de garantir la solidité de la coopération (...) et de renforcer la confiance mutuelle entre les États membres en matière de politique d'asile »¹³⁵⁰ lorsque le régime d'asile d'un des États membres est compromis en raison de pressions particulières et/ou de défaillances. Lorsqu'il arrive une telle situation, la Commission peut inviter l'État membre concerné à mettre en place un plan de gestion de crises comprenant toutes les mesures appropriées nécessaires pour répondre à la situation dans un délai de trois mois. La Commission et le Bureau européen d'appui en matière d'asile peuvent lui fournir de l'aide nécessaire à l'élaboration de ce plan. En cas de difficultés persistantes, la Commission peut demander l'adoption d'un plan renforcé. Le règlement n'a rien prévu pour les cas où, malgré les plans adoptés et les aides européennes, l'État concerné connaît des défaillances systémiques dans la procédure d'asile ne pouvant répondre à la crise liée à un afflux massif de réfugiés. En ce sens, il aurait pu être prévu que l'État concerné « –sorte du système européen d'asile (...) que les demandeurs d'asile présents sur son territoire soient répartis auprès d'autres États membres, le temps (qui peut être long) que l'État en question renforce ses capacités »¹³⁵¹. Une solution pareille aurait été dans le sens d'une plus grande solidarité interétatique. Elle avait été envisagée par la Commission dans sa proposition de règlement du 3 décembre 2008¹³⁵². Ce texte prévoyait que la Commission puisse décider de suspendre tous

¹³⁴⁹ Article 33 du règlement (UE) n°604/2013, précité.

¹³⁵⁰ Considérant 22 du règlement (UE) n°604/2013, précité.

¹³⁵¹ F. ANDREONE, F. LAFARGE et E. NEFRAMI, « Chronique de l'administration européenne », *op. cit.*, p.1097 et s.

¹³⁵² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, du 3 décembre 2008, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, COM(2008) 820 final.

les transferts de demandeurs d'asile devant être exécutés vers l'État membre confronté à une situation d'urgence particulière faisant peser une charge exceptionnellement lourde sur ses capacités d'accueil, son système d'asile ou ses infrastructures. Cette décision de suspension aurait eu pour conséquence de rendre les États membres, dans lesquels se trouvaient les demandeurs d'asile dont le transfert avait été suspendu, responsables de l'examen des demandes de ces personnes. Seulement les États membres ne veulent pas supporter le poids des difficultés que pourrait connaître un État. Ils ont ainsi refusé cette proposition en arguant le fait que cela inciterait les migrants à entrer *via* les États en difficulté pour ensuite demander l'asile dans un autre État membre qui se verrait dans l'obligation de l'examiner. Si ce refus des États remet en cause la solidarité, il n'en demeure pas moins qu'il existe une obligation de suspension découlant de la jurisprudence *N.S.* de la Cour de justice et, comme le relève Y. PASCOUAU, « à partir du moment où l'obligation jurisprudentielle est formulée, il pourrait apparaître superfétatoire de chercher à l'inscrire dans le droit dérivé »¹³⁵³.

En outre, le règlement «Dublin III» protège davantage les demandeurs d'asile, notamment grâce au droit à un entretien individuel afin de contribuer à déterminer quel État membre est responsable de l'examen de la demande¹³⁵⁴. Aussi, les États membres seront contraints de fournir une aide judiciaire gratuite sur demande dans le cas d'une révision d'une décision de transfert, à moins qu'un tribunal n'estime qu'aucune perspective tangible d'aboutissement d'un tel recours existe¹³⁵⁵.

Le nouveau règlement organise également des procédures d'examen spécifiques des demandes formulées par les familles et les mineurs, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant qui est posée à l'article 24 de Charte européenne des droits fondamentaux¹³⁵⁶. C'est ainsi que l'article 6 du règlement énonce les garanties qui doivent être instaurées en faveur des mineurs en affirmant que « l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour les États membres dans toutes les procédures prévues par le présent règlement ». Conformément à cette considération, l'article 8 consacre ainsi une procédure

¹³⁵³ Y. PASCOUAU, « Schengen et la solidarité: le fragile équilibre entre confiance et méfiance mutuelles », *Policy Paper*, n°55, juillet 2012, p.34.

¹³⁵⁴ Article 5 du règlement (UE) n°604/2013, précité.

¹³⁵⁵ Article 27 du règlement (UE) n°604/2013, précité.

¹³⁵⁶ Voir, C. GAUTHIER, M. GAUTIER et A. GOUTTENOIRE (dir.), *Mineurs et droits européens*, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012.

particulière qui tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant mineur, exigence qui avait d'ailleurs été formulée par le juge de l'Union dans l'arrêt *MA et BT* d 6 juin 2013 en raison notamment de la vulnérabilité de cette catégorie de personnes¹³⁵⁷.

Enfin, les demandeurs d'asile auront le droit d'introduire un recours contre une décision de transfert vers un autre État membre de l'Union européenne et le droit également de demander à rester dans l'État membre où ils se trouvent, en attendant l'issue du recours¹³⁵⁸. Ainsi, le transfert pourrait être temporairement suspendu par la décision d'un tribunal national. Si une telle décision est prise, le demandeur d'asile aura le droit de rester dans le même État.

Tout comme le règlement –Dublin II', –Eurodac" qui stocke les empreintes digitales des demandeurs d'asile a été modifié par un nouveau règlement en 2013¹³⁵⁹. Ce règlement procède à une refonte du cadre juridique antérieur et organise la collecte, la transmission et la conservation des données dactyloscopiques des demandeurs d'une protection internationale dans tous les États membres de l'Union. Ces données pourront, par ailleurs, être consultées

¹³⁵⁷ CJUE, 6 juin 2013, *The Queen, à la demande de MA et autres contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-648/11, non encore publié au recueil, point 55 : « les mineurs non accompagnés formant une catégorie de personnes particulièrement vulnérables, il importe de ne pas prolonger plus que strictement nécessaire la procédure de détermination de l'État membre responsable, ce qui implique que, en principe, ils ne soient pas transférés vers un autre État membre ». Sur cet arrêt, voir notamment les commentaires de M. AUBERT, E.BROUSSY et H. CASSAGNABERE, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Un État membre peut toujours examiner la demande d'asile qui lui est présentée, même s'il n'est pas désigné comme l'État responsable de cette demande en vertu des critères du règlement n° 343/2003. Dans le processus de détermination de l'État responsable, l'État sur le territoire duquel se trouve le demandeur n'a pas l'obligation de solliciter l'avis du HCR (1re affaire). La Cour précise les règles de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande de mineur non accompagné (2e affaire) », *AJDA*, 2013 p.1688 ; F. GAZIN, « État responsable du traitement de demandes d'asile de mineurs non accompagnés. L'intérêt supérieur de l'enfant prime sur les critères habituels de détermination d'un État responsable d'une demande d'asile en cas de dépôts de demandes multiples et commande une interprétation finaliste de l'article 6 du règlement Dublin II », *Europe*, 2013, Août, Comm. n° 8-9, p.23.

¹³⁵⁸ Article 27 règlement (UE) n°604/2013, précité.

¹³⁵⁹ Règlement (UE) n°603/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n°604/2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n°1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte), précité.

par les autorités policières des États de l'Union et par Europol, pour lutter contre le terrorisme et les crimes graves. Toutefois, le règlement intègre des dispositions en matière de protection des données ainsi que de nouvelles sauvegardes pour garantir que les données soient seulement utilisées à des fins de lutte contre le terrorisme et les crimes graves. L'accès par les forces de police est uniquement possible si « l'intérêt supérieur de la sécurité publique »¹³⁶⁰ fait de la demande d'effectuer des recherches dans la base de données une demande proportionnée. L'accès des services de police à «Eurodac» n'est également uniquement possible qu'après avoir contrôlé leurs propres bases de données nationales et celles de tous les autres États membres de l'Union ainsi que le système d'information sur les visas¹³⁶¹. Le règlement élargit en outre son champ d'application afin d'y inclure les demandeurs de protection subsidiaire et les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire¹³⁶². Ce règlement est entré en vigueur le 19 juillet 2013 et sera applicable à partir du 20 juillet 2015.

Mais, pour rendre cohérent, efficace et logique le système mis en œuvre par «Dublin II» et «Eurodac», celui-ci doit reposer sur la présomption que l'accueil et les garanties procédurales des systèmes d'asile des États membres sont équivalentes. L'efficacité du principe de l'examen unique d'une demande d'asile est, en effet, tributaire d'un rapprochement effectif des législations nationales comme accompagnement. L'harmonisation des régimes relatifs à l'asile garantit ainsi la confiance mutuelle nécessaire à la reconnaissance mutuelle des décisions nationales¹³⁶³, principes qui ont été réaffirmés avec force dans la refonte du régime européen de l'asile. Un tel système ne peut fonctionner correctement en raison d'une lecture toujours divergente des directives par les États. Il suppose que les États membres mettent en œuvre les mêmes procédures d'asile et accueillent les demandeurs d'asile de façon identique. Or, il a été vu précédemment que sur ces deux points, l'harmonisation est minimale. La réforme de l'examen unique de la demande d'asile devait nécessairement passer par une refonte des directives relatives à ces questions.

La directive relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile

¹³⁶⁰ Article 29 du règlement (UE) n°603/2013, précité.

¹³⁶¹ Considérant 32 et 33 du règlement (UE) n°603/2013, précité.

¹³⁶² Considérant 16 du règlement (UE) n°603/2013, précité.

¹³⁶³ M. GAUTIER, « Administration sans frontières ? Droit européen de l'immigration : Les instruments juridiques et leurs effets », *REDP*, 2009, pp.65 et s.

dans les États membres¹³⁶⁴ a ainsi été modifiée par la directive 2013/33/UE¹³⁶⁵ du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013. Elle vise à harmoniser davantage les législations nationales qui demeurent hétérogènes et tend à améliorer l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres. Elle élargit tout d'abord la notion de « membre de la famille » au-delà du noyau nucléaire¹³⁶⁶ au père ou la mère du demandeur, à un autre adulte qui est responsable du demandeur de par le droit ou la pratique de l'État membre concerné, lorsque ce demandeur est mineur et non marié. La directive améliore également l'accès des demandeurs d'asile au marché du travail. Initialement fixé à 12 mois¹³⁶⁷, les États membres doivent désormais permettre l'accès des demandeurs d'asile au marché du travail dans un délai maximum de 9 mois à compter de la date d'introduction de la demande de protection internationale¹³⁶⁸. La directive améliore en outre les conditions de vie des demandeurs en fixant le niveau d'aide fourni par les États en fonction du niveau établi dans l'État¹³⁶⁹. Enfin, peut être relevé le fait que la directive harmonise désormais les motifs pour lesquels un demandeur d'asile peut être placé en rétention¹³⁷⁰ et encadre plus strictement les conditions du placement en rétention des mineurs et des personnes vulnérables¹³⁷¹. Un demandeur d'asile pourra seulement être placé en rétention pour un nombre limité de motifs, à savoir pour vérifier son identité, pour contrôler les éléments de sa demande, pour décider de son droit d'entrer sur le territoire d'un État membre, pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public, pour préparer son retour vers son pays d'origine, ou dans le cadre d'un transfert vers un autre État de l'Union. La directive de 2003¹³⁷² ne mentionnait aucun motif de rétention, laissant les États membres libres de décider. La directive contient toutefois des dispositions restrictives à l'égard des demandeurs d'asile. C'est le cas notamment de l'accès au marché du travail qui illustre la préoccupation des États membres quant à l'impact sur leurs finances

¹³⁶⁴ Directive 2003/09/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, précitée.

¹³⁶⁵ directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), précitée.

¹³⁶⁶ Article 2 de la directive 2013/33/UE, précitée.

¹³⁶⁷ Article 11 de la directive 2013/33/UE, précitée.

¹³⁶⁸ Article 15 de la directive 2013/33/UE, précitée.

¹³⁶⁹ Article 17 de la directive 2013/33/UE, précitée.

¹³⁷⁰ Article 8 de la directive 2013/33/UE, précitée.

¹³⁷¹ Article 11 de la directive 2013/33/UE, précitée.

¹³⁷² Directive 2003/09/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, précitée.

publiques ou des nombreuses conditions posées quant à l'accès à l'assistance et la représentation juridique gratuite.

En raison des disparités entre les procédures d'asile des différents États membres de l'Union, la directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié¹³⁷³ a également fait l'objet d'une refonte¹³⁷⁴. En effet, les disparités nationales étant encore très fortes, les demandeurs d'asile cherchent très logiquement à rejoindre les États membres qui ont les législations les plus favorables. Les demandeurs d'asile font ainsi leur « marché » entre les différents États membres, mettent en concurrence les différents droits nationaux. La directive modifiée ne fait plus mention de normes minimale concernant la procédure mais de procédures communes. Ce changement sémantique n'est pas anodin et démontre la volonté d'élever le degré d'harmonisation des garanties procédurales.

La directive octroie ainsi des garanties procédurales supplémentaires et particulières pour les demandeurs les plus vulnérables. Parmi ces garanties supplémentaires, peut être relevée la présence sur demande du requérant d'un traducteur et d'un agent du même sexe que le demandeur et la mise en place d'un entretien adapté aux enfants pour les mineurs¹³⁷⁵. La directive instaure également de nouvelles garanties pendant l'instruction de la demande comme par exemple l'enregistrement obligatoire de l'entretien personnel¹³⁷⁶. Elle généralise en outre la possibilité d'un recours juridictionnel suspensif et supprime le principe de la liste commune des « pays d'origine sûrs » en affirmant que « le fait qu'un pays tiers soit désigné comme pays d'origine sûr aux fins de la présente directive ne saurait donner aux ressortissants de ce pays une garantie absolue de sécurité »¹³⁷⁷. Enfin, le droit de l'Union impose désormais un délai explicite, six mois, aux États membres pour rendre leur décision sur une demande d'asile, selon les nouvelles règles. Toutefois, les États membres pourront prolonger ce délai jusqu'à 9 mois si « des questions factuelles et/ou juridiques entrent en jeu », « du fait qu'un grand nombre de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides demandent

¹³⁷³ Directive 2005/85/CE du Conseil, du 1^{er} décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, précitée.

¹³⁷⁴ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), précitée.

¹³⁷⁵ Article 15 et article 25 de la directive 2013/32/UE, précitée.

¹³⁷⁶ Article 17 de la directive 2013/32/UE, précitée.

¹³⁷⁷ Considérant 42 de la directive 2013/32/UE, précitée.

simultanément une protection internationale », en cas de « non-respect par le demandeur des obligations qui lui incombent » et en cas de « situation incertaine dans le pays d'origine qui devrait être temporaire »¹³⁷⁸. Dans ce dernier cas, les autorités nationales doivent revoir la situation au minimum tous les six mois. Dans tous cas, les États membres doivent conclure la procédure d'examen dans un délai maximal de 21 mois.

L'ensemble du système Dublin a ainsi été réformé et vient approfondir le droit et les pratiques nationales dans l'attribution du droit d'asile dans l'Union européenne. Ce rapprochement des droits nationaux devraient conduire à terme à une diminution des disparités entre les États membres, sachant que la Cour de justice sera certainement mise à contribution dans son rôle d'interprète authentique. La mise en concurrence des droits nationaux relatifs à l'asile entretenue jusque là par le droit de l'Union devrait à terme être plus limitée.

¹³⁷⁸ Article 31 de la directive 2013/32/UE, précitée.

CONCLUSION DU TITRE

Un phénomène intéressant se dégage de l'analyse des hypothèses de mise en concurrence des droits nationaux. Lorsque celle-ci subsiste, malgré l'harmonisation européenne, les États membres trouvent dans les directives l'opportunité de revoir à la baisse leurs législations. Ce faisant, ils adoptent un comportement spontané d'alignement de leurs législations sur les droits des autres États membres. Il ressort que si le processus d'harmonisation a pour effet positif d'imposer à certains États membres de revoir à la hausse les droits des étrangers, par contre ceux qui avaient à l'origine un droit plus protecteur que le standard imposé par la directive, trouvent dans ce texte européen un prétexte à une restriction de leurs législations.

De même, lorsque le droit de l'Union impose une règle unique, par la voie d'un règlement, et neutralise a priori toute possibilité de mise en concurrence des droits nationaux, les États membres trouvent toutefois le moyen d'instrumentaliser en toute légalité ce texte européen pour éviter les flux migratoires sur leur territoire quitte à battre en brèche le principe de solidarité interétatique. En somme, que les disparités nationales soient ou non corrigées par le droit de l'Union, les États trouvent toujours le moyen de mettre en œuvre des stratégies juridiques d'évitement des étrangers sur leur territoire et ce, au détriment des droits de ces derniers et d'un partage plus équitable de la charge liée à l'immigration et l'asile.

CONCLUSION DE LA PARTIE

Le ressortissant d'État tiers qui entre et/ou séjourne dans un autre État membre voit se croiser en son sein deux ordres juridiques : le droit dudit État et le droit de l'Union. Cet enchevêtrement des normes peut être utilisé à des fins d'instrumentalisation. L'étranger joue des différences entre les droits nationaux et, entre les droits nationaux et le droit de l'Union, pour logiquement choisir le droit le plus favorable à sa situation. L'État trouve cependant des moyens pour lutter contre ce *law shopping*. Il joue également des différences entre les droits nationaux, qui ne sont pas neutralisées par le droit de l'Union, pour éviter les flux migratoires trop importants sur son territoire au mépris du principe européen de solidarité interétatique.

Dans ces deux hypothèses, le droit de l'Union contribue indirectement à rendre le statut interne de l'étranger, ressortissant de pays tiers, plus vulnérable qu'il ne l'était auparavant. De manière insidieuse, le phénomène de mise en concurrence des droits contribue à rapprocher spontanément les législations nationales dans un sens plus restrictif pour les ressortissants des pays tiers. Pis encore, ce rapprochement touche des domaines qui relèvent pourtant de la compétence exclusive des États. C'est le cas notamment des règles relatives à la nationalité et au mariage. S'il est possible de se féliciter que ces comportements étatiques aboutissent à une harmonisation spontanée des législations nationales, il faut cependant regretter qu'elle se fasse au détriment des étrangers qui voient leurs droits amoindris.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'analyse des influences du droit de l'Union sur le processus interne de catégorisation de l'étranger aboutit à reconsidérer le postulat de départ selon lequel la catégorisation européenne de l'étranger ne serait pas un processus autonome et renforcerait l'État.

L'on peut, en effet, affirmer que la définition européenne de l'étranger s'autonomise. Elle s'émancipe du cadre étatique. Plusieurs éléments empiriques confirment la mutation de la nationalité dans l'ordre juridique de l'Union vers une conception fonctionnelle. La fonction de la nationalité devient propre à l'ordre juridique de l'Union et, participe à l'autonomisation du processus de catégorisation des étrangers avec l'idée de statuts proprement européens qui transcenderaient à terme le critère national.

Différentes observations issues de cette thèse viennent à l'appui de cette hypothèse. Tout d'abord, l'amenuisement des différences entre les droits des citoyens de l'Union et, ceux de certains ressortissants d'État tiers dits privilégiés, démontre la faible opérationnalité de la nationalité étatique comme critère excluant les étrangers de l'Union du champ d'application des droits attachés à la citoyenneté de l'Union. Certes, ils n'accèdent pas encore aux attributs exclusifs du citoyen de l'Union. Toutefois, la frontière entre ces deux catégories devient poreuse. L'attribution de certains droits de la citoyenneté de l'Union à ces ressortissants d'États tiers réduit les contours du droit des étrangers de l'Union.

Ce mouvement inclusif des ressortissants d'États tiers participe ainsi à autonomiser la définition européenne de l'étranger. Elle n'est pas figée, elle rétrécit constamment. La signature d'un accord d'association entre l'Union et un État tiers peut ainsi permettre à des ressortissants de pays tiers d'échapper à la catégorisation européenne de l'étranger. L'exemple de la Suisse est particulièrement significatif. Les Suisses bénéficient de la libre circulation intra-européenne et, ne relèvent donc pas du droit de l'Union des étrangers.

Une distinction entre les résidents européens et non européens semble se substituer à la distinction entre les nationaux des États membres et les nationaux des États tiers. La résidence légale comme critère distinctif des personnes dans l'Union européenne serait plus conforme à cette réalité juridique et, l'accès aux catégories européennes transiterait ainsi par

un critère proprement européen.

Adopter un critère nouveau fondé spécialement sur le droit de l'Union permettrait ainsi de dissocier la catégorie juridique de l'étranger des règles nationales régissant la nationalité. Le processus de catégorisation des étrangers serait autonomisé et propre à l'ordre juridique de l'Union. Il pourrait ainsi s'affranchir du cadre étatique. Cette affirmation est appuyée par le principe selon lequel l'attribution de la nationalité d'un État membre et, par conséquent, du statut de citoyen de l'Union, ne produit des « effets européens » qu'en dehors du cadre étatique, c'est-à-dire lorsque le citoyen de l'Union réside dans un autre État membre. La mobilité intra-européenne est, en effet, une logique essentielle de la citoyenneté de l'Union. Si la nationalité étatique permet d'accéder au statut de citoyen de l'Union, la migration déclenche l'exercice effectif des principaux droits attachés à ce statut.

Enfin, la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'encadrement de la compétence des États, en matière de nationalité « à des fins européennes », contribue à étayer cette hypothèse. En effet, la Cour de justice a une approche exclusivement fonctionnelle de la nationalité et, développe progressivement une conception proprement européenne de la nationalité qui doit conforme avec les finalités de la citoyenneté de l'Union.

Elle va même plus loin en « désassujettissant »¹³⁷⁹ les nationaux. L'étude de l'arrêt *Garcia Avello*¹³⁸⁰ a, par exemple, mis en évidence le fait qu'être un national ne doit plus forcément induire la soumission impérative et exclusive à l'intégralité de ses lois dès lors qu'il possède la nationalité d'un autre État membre. L'État doit désormais faire primer la « nationalité européenne », entendue comme la nationalité d'un autre État membre, sur toute autre nationalité, étrangère ou celle dudit État. L'aptitude de l'État à maîtriser la catégorie du national est ainsi remise en cause par le droit de l'Union. Le principe de la primauté de « nationalité européenne » sur la nationalité étatique renforce l'autonomisation progressive des catégories européennes puisqu'il renverse le rapport entre le lien de citoyenneté et de la nationalité étatique.

En interprétant très largement le critère de l'extranéité, voire en l'abandonnant

¹³⁷⁹ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p.2

¹³⁸⁰ CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, précité.

exceptionnellement au profit de la privation du statut de citoyen de l'union, la Cour favorise le développement d'un lien de citoyenneté de l'Union qui tend à se substituer à la nationalité étatique. Si le droit de l'Union confère des « privilèges interétatiques »¹³⁸¹ au citoyen de l'Union à l'égard des États membres dont ils ne sont pas des nationaux, des droits qu'ils « peuvent opposer victorieusement aux autres –États membres» »¹³⁸², ces mêmes droits peuvent être ainsi être opposés par le national à son État d'origine lorsqu'il «européanise» sa situation.

En réduisant ainsi progressivement les contours des situations purement internes à l'État, la Cour concourt à l'émergence d'un lien d'appartenance à l'Union qui transcende la distinction étatique entre le national et l'étranger. De fait, la distinction statutaire entre le national et l'étranger dans les États est moins nette et, particulièrement brouillée. L'on peut ainsi estimer que le monopole de l'État dans l'appréhension de ses nationaux sur son territoire est atteint par le lien de citoyenneté de l'Union.

Il est alors possible de considérer que le processus européen de catégorisation des personnes, et partant de l'étranger, se singularise et, s'autonomise par rapport au cadre étatique. Il tend à s'émanciper du référent national. La réflexion conduit ainsi à observer que les citoyens de l'Union ne sont plus des étrangers les uns pour les autres, tandis que les ressortissants des États tiers «ordinaires» sont de plus en de plus marginalisés et, deviennent des étrangers «communs» aux États.

Le droit de l'Union des étrangers tend, en effet, à devenir un droit commun aux États membres. L'analyse de la mise en concurrence des droits nationaux des étrangers a conduit à observer que ce phénomène contribue à une harmonisation spontanée des droits des États membres en matière d'immigration et d'asile, voire à une substitution des catégories nationales par des catégories européennes.

L'étude de la catégorie de l'étranger, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, a confirmé cette hypothèse. En permettant la régularisation du ressortissant de pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union migrant, par le recours au droit au

¹³⁸¹ O. BEAUD, « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *Jus Politicum*, n°12, 2014, p. 13.

¹³⁸² *Ibid.*

regroupement familial consacré par l'Union, la Cour a écarté la compétence des États relative au traitement national de l'irrégularité du séjour et des motifs de l'immigration au profit d'un traitement européen. Elle dessaisit ainsi les États de domaines relatifs aux étrangers qui relèvent de leur compétence.

Elle a été plus loin dans ce dessaisissement de la compétence migratoire des États en permettant la régularisation d'un étranger, membre de la famille d'un enfant citoyen de l'Union sédentaire, par le recours également au droit au regroupement familial consacré par le droit de l'Union. L'aptitude de l'État à appréhender les étrangers initialement en situation irrégulière sur son territoire est donc atteinte par le droit de l'Union. Si les États demeurent compétents dans ce domaine, l'Union parvient, de manière indirecte, à s'immiscer dans l'exercice de cette compétence.

En réaction à cette jurisprudence jugée trop généreuse par les États, ces derniers ont modifié leurs législations nationales dans deux domaines de compétence exclusive. Afin de limiter l'accès à la catégorie européenne de ressortissant de pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union mobile, la plupart des États membres consacrent désormais un contrôle *a priori* des mariages mixtes, ce type de contrôle devenant un standard européen. Dans le même sens, c'est l'accès à la catégorie de citoyen de l'Union qui tend à être resserré. Une convergence des droits de la nationalité est donc à l'œuvre, que ce soit à propos de l'attribution même de la nationalité ou des règles relatives à la naturalisation. Le droit de l'Union influence ainsi indirectement les droits nationaux dans des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence, mais qui touchent à la question de l'étranger.

Ensuite, il a été démontré que même si les traités ne prévoient qu'une harmonisation minimale des droits nationaux en matière d'immigration et d'asile, un phénomène de convergence des droits nationaux plus poussée que celle prévue par les directives européennes est observé. Le phénomène de mise en concurrence des droits relatifs aux étrangers, entretenue par les directives, aboutit à une harmonisation spontanée des droits nationaux relatifs au droit de l'immigration et de l'asile, dont l'intensité normative est plus importante que celle envisagée par les directives. Ces dernières offrent aux États une marge de manœuvre suffisamment large pour maintenir des spécificités nationales. L'on pourrait penser que les disparités nationales demeurent. Toutefois, parce que les États veulent éviter les flux migratoires trop importants sur leur territoire, ils s'alignent, au moment de la transposition des

directives sur les droits nationaux les plus restrictifs.

L'émergence d'une catégorie unifiée de l'étranger dans l'Union interroge finalement la capacité à terme de l'Union d'envisager un processus de distinction entre les citoyens de l'Union et les étrangers, en dehors et au delà du cadre étatique sur lequel il repose pour le moment. Cette réflexion est confortée par l'idée selon laquelle les ressortissants de pays tiers sont de plus en plus des étrangers «communs» aux États, un «Autre» qui se distingue du «nous» européen, le citoyen de l'Union.

L'on peut ainsi conclure avec E. BALIBAR en affirmant qu'« il n'y a plus d'étranger au sens général et purement légal du terme. Certains sont assimilés aux nationaux et sont donc moins qu'étrangers tandis que d'autres, dissimilés, sont plus qu'étrangers. Les uns sont des voisins, des prochains, des partenaires et finalement des concitoyens dans l'espace d'une citoyenneté en construction ; les autres sont des aliens. En conséquence, la catégorie du national est elle-même tendanciellement divisée entre le « vrai national » perçu sous le signe de l'identique et du semblable et « faux national » perçu sous le signe de l'hétérogène »¹³⁸³.

Bordeaux, le 29 octobre 2014

¹³⁸³E. BALIBAR, « L'étranger comme ennemi. Sur la citoyenneté transnationale », *Compte rendu du huitième séminaire du CERI*, 22 mai 2006, p.9.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

- A- Manuels
- B- Ouvrages spécialisés
- C- Thèses

II- ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS, COMMUNICATIONS

III- LÉGISLATIONS ET AUTRES SOURCES DOCUMENTAIRES

- A- Droit de l'Union européenne
 - 1- Règlements
 - 2- Directives
 - 3- Décisions, décisions cadres
 - 4- Propositions législatives
 - 5- Autres

- B- Droit français

IV- JURISPRUDENCES

- A- Cour Internationale de justice/ Cour permanente de Justice Internationale

- B- Conseil de l'Europe
 - 1- Commission européenne des droits de l'Homme
 - 2- Cour européenne des droits de l'Homme

- C- Cour de justice des Communautés européennes/ Cour de justice de l'Union européenne

- D- Juridictions françaises
 - 1- Conseil constitutionnel
 - 2- Conseil d'État

I- OUVRAGES

A- Manuels

- ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. –Quadrige-Lamy”, 2003.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S. et SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2008.
- BARAV A. et PHILIP C. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, coll. Les Grands Dictionnaires, 1993.
- BERGÉ J.-S. et ROBIN-OLIVIER S., *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, coll. Thémis / Droit, 2^{ème} éd., 2011.
- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Les méthodes du droit, 4^{ème} édition, 2004.
- BLUMANN C. et DUBOIS L., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2010.
- CARLIER J.-Y., *La condition des personnes dans l’Union européenne. Recueil de jurisprudence*, Bruxelles, Bruylant, coll. Jurisprudence fondamentale, 2^{ème} éd., 2012.
- CHARVIN R. et SUEUR J.-J., *Droits de l’homme et libertés publiques*, Paris, Litec, coll. Objectif Droit, 5^{ème} éd., 2007.
- COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 9^{ème} éd., 2010.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 8^{ème} éd., 2007.
- ISAAC G. et BLANQUET M., *Droit général de l’Union européenne*, Paris, Dalloz-Sirey, coll. Sirey Université, 10^{ème} éd., 2012.
- JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Cours droit public, 7^{ème} édition, 2012.
- MAYER P. et HEUZÉ V., *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, coll. Domat Droit Privé, 2007.
- MANIN P., *Droit constitutionnel de l’Union européenne*, Paris, Pedone, coll. –Études internationales”, 2004.
- SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Université francophone, 2001.

- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 10^{ème} éd., 2011.

B- Ouvrages spécialisés

- ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2004
- AUBIN E., *Droit des étrangers*, 2ème éd., Paris, Gualino, coll. Master pro, 2011.
- AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010.
- BECK U., *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Alto-Aubier, 2004.
- BENLOLO-CARABOT M. et PARROT K. (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- BERTOSSI C., *Les frontières de la citoyenneté en Europe : nationalité, résidence, appartenance*, Paris, L'Harmattan, coll. "Logiques politiques", 2001.
- BERTRAND C. (dir.), *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions sociologiques, 2008.
- BLASSELLE R., *Traité de droit européen de la concurrence*, Tome II A, Paris, Publisud, Coll. Manuel 2000, 2005.
- BODART S. (dir.), *Droit des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, coll. UB³, 2012.
- BOUTAYEB C. (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne, pierre angulaire d'un système juridique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.
- BRIBOSIA E., DARDENNE E., MAGNETTE P. et A. WEYEMBERGH A. (dir.), *Union européenne et nationalité. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. Cahiers européens, n°1, 2011.
- CARLIER J.-Y.,
 - (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010.
 - *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2007.

- CHETAIL V. (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Volume II, Bruxelles, Bruylant, coll. De l'Académie de Droit International Humanitaire et de droits humains à Genève, 2007.
- COUSSIRAT-COUSTERE V. et EISEMANN P. M. (dir.), *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, t. I : 1794-1918, t. II : 1919-1945, t. III, vol.1 : 1946-1988, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- CRÉPEAU F., *Le droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles des flux migratoires*, Bruxelles, Bruylant, Coll. de droit international n°29, 1995.
- DE BRUYCKER P. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (III) – La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007.
- DIAS URBANO DE SOUSA C. et DE BRUYCKER P. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- DI MANNO TH. et ÉLIE M.-P. (dir.), *L'étranger : Sujet du droit et sujets de droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2008.
- DOLLAT P., *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- DRUESNE G., *Droit et politiques des Communautés européennes et de l'Union européenne*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., coll. Droit fondamental, 2006.
- FINES F., GAUTHIER C. et GAUTIER M. (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012.
- FULCHIRON H., *La nationalité française*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2000.
- GAUTHIER C., GAUTIER M. et GOUTTENOIRE A., *Mineurs et droits européens*, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012.
- GAUTHIER C. et GAUTIER M. (dir.), *L'immigration légale : aspects de droit européen*, journée d'études, Bordeaux, 21 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- GUIMEZANES N., *La circulation et l'activité économique des étrangers dans la Communauté européenne*, Paris, Nouvelles Editions fiduciaires, 1990.
- JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTRÖM O. (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005.
- LANFRANCHI M.-P., LECUCQ O. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012.
- LANFRANCHI M.-P., *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté européenne*, Paris, Economica, 1994.

- LOCHAK D., *Étrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1985.
- MARTIN D., *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- NOIRIEL G., *La tyrannie de national : le droit d'asile en Europe 1793-1993*, Paris, Calman-Levy, 1991.
- POTVIN-SOLIS L.,
 - (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens. Dixième journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2012.
 - (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2010.
- SAULNIER-CASSIA E. et TCHEN V. (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.
- TANDONNET M., *Le grand bazar de l'Europe face à l'immigration*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2001.
- TCHEN V., *Droit des étrangers*, Paris, Ellipses, 2006.
- WEIL P., *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset, 2002.
- WITHOL DE WENDEN C., *L'Europe et toutes ses migrations*, Bruxelles, Complexe, 1995.

C- Thèses

- ATTAL-GALY Y., *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2004.
- BARBOU DES PLACES S., *Nationalité des personnes physiques et droit communautaire*, Thèse, Université Nancy II, 1996, dactyl.
- BEDUSCHI-ORTIZ A., *Les droits sociaux fondamentaux des ressortissants de pays tiers. Analyse du droit de l'Union européenne*, Editions universitaires européennes, 2011.
- BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2007.
- BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2010.

- BLANQUET M., *L'article 5 du traité CEE Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 1994.
- BOUTEILLET-PAQUET D., *L'Europe et le droit d'asile*, Paris, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001.
- CORNUT E., *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, Paris, Défrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2006.
- COURNIL C., *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005.
- DIONISI-PEYRUSSE A., *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2008.
- DUMAS P., *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2013.
- DUVIGNEAU J., *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, Thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2010, dactyl.
- EFTIMIE A., *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 2012, dactyl.
- GAUTIER M., *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de Justice et d'Affaires intérieures*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- GUILLARD C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2007.
- HEYMANN J., *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010.
- ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2008.
- IONESCU R., *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2012.
- JITMAHAWONG D., *L'immigration économique et le droit de l'Union européenne*, Thèse, Université Aix-Marseille 3, 2010, dactyl.
- LANTERO C., *Le droit des réfugiés, entre droits de l'Homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2011.
- NÉRAUDAU D'UNIENVILLE E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne-Thèses, 2006.

- NOBLET A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, Thèse, Université de Rouen, 2004, dactyl.
- PASCOUAU Y., *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2010.
- PICHERAL C., *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La Documentation Française, coll. «Monde européen et international », 2001.
- PLATON S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2008.
- ROUSSET D., *L'étranger en situation irrégulière dans les États membres de l'Union européenne : Entre police de l'immigration et droits fondamentaux*, Thèse, Université Lille 2, 2004, dactyl.

II- ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS, COMMUNICATIONS

- AKANDJI-KOMBÉ J.-F., « Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaire », *CDE*, 1995, n°3-4, p.351.
- ALAUX J.-P., « L'asile à la courte-paille », in C. RODIER et E. TERRAY (dir.), *Immigration : fantasmes et réalités : pour une alternative à la fermeture des frontières*, Paris, La découverte, coll. Sur le vif, 2008, p.72.
- ALCARAZ H., « Droit d'entrée et de séjour d'un ressortissant ayant des liens de parenté avec un citoyen de l'Union », *AJDA*, 2009, p.321.
- ANDREONE F., LAFARGE F. et E. NEFRAMI E., « Chronique de l'administration européenne », *Revue française d'administration publique*, 2013/4, n°148, p.1097 et s.
- AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F., « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyen de l'Union-Eloignement du territoire », *AJDA*, 2010, p.937.
- AUBIN E., « Le statut de citoyen européen et la demande du statut de réfugié politique dans l'Union : un oxymore », *AJDA*, 2010, p.796.
- AUDIT M., « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *D.*, 2004, p.1478.
- AZOULAÏ L.,
 - « A comment on the ruiz zambrano judgment a genuine european integration », <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-news/457-a-comment-on-the-ruiz-zambrano-judgment-a-genuine-european-integration>.

- « Marges de la citoyenneté européenne. Obligations étatiques, équité transnationale, Euro-Bonds », in B. FAUVARQUE-COSSON, E. PATAUT et J. ROCHFELD, (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p.63.
- « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe*, Paris, Dalloz, 2010, p.1.
- *ADE*, Bruxelles, Bruylant, vol. IV, 2006, p.715.
- BALIBAR E., « L'étranger comme ennemi. Sur la citoyenneté transnationale », *Compte rendu du huitième séminaire du CERI*, 22 mai 2006.
- BARAV A., « La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir de sanction des États membres. À propos de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1977, p.721.
- BARBOU DES PLACES S.,
 - « La non-discrimination entre les Européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l'Union ? », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, coll. Droits Européens, p.197.
 - « Le juge communautaire, la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union : la nationalité sans frontières », *RAE*, 2011/1, p.29.
 - « Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne. Des affinités sélectives ? », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne, pierre angulaire d'un système juridique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2011, p.218.
 - « Quel régime juridique pour la mobilité des personnes en Europe ? », *LPA*, n°28 spécial consacré au Marché intérieur et espace de liberté, sécurité, justice : droit de la libre circulation et droit des migrations, quelles articulations ?, 29 septembre 2010, p.4.
 - « Les étrangers –saisis par le droit”. Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *Migrations Société*, volume 22, n°128, mars-avril 2010, p.35.
 - « Droit de la libre circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », in *L'Union européenne : Union de droit, union de droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p.319.
 - « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne. Septième journées d'Etudes du Pôle Européen Jean Monnet de Metz*, Bruxelles, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2010, p.65.

- « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *REVUE Asylon(s)*, n°4, mai 2008, Institutionnalisation de la xénophobie en France, <http://www.reseau-terra.eu/article762.html>.
- « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », *European University Institute Working Paper*, RSC, n°2003/16.
- BASEDOW J., « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, p.427.
- BASILIEN- GAINCHE M.-L.,
 - « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe*, février 2014, n°2, p.6.
 - « La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de solidarité soumise à l'argument de réalité », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : pierre angulaire d'un système juridique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.248.
 - « La remise en cause des accords de Schengen », CERISCOPE Frontières, 2011, <http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part2/la-remise-en-cause-des-accords-de-schengen?page=show>.
 - « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe*, Février 2004, p.6.
- BASTID S., « L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de justice », *RCDIP*, 1956, p.607.
- BELLIVIER F. « Immigration. Séjour. Nationalité », *RTD civ.*, 2004, p.148
- BELTRAME P. et MONTAGNIER G., « L'Europe des impôts », *AJDA*, 1990, p.242.
- BENLOLO-CARABOT M.,
 - « La non-discrimination entre étudiants », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTHIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, coll. Droits Européens, p.239.
 - « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *RAE*, 2011/1, p.7.
 - « La nationalité à l'épreuve de l'intégration européenne », *LPA*, 2005, fasc. 54, p.8.
- BERGÉ J.-S.,
 - « Marché intérieur et espace de liberté sécurité justice (1ère partie : la dimension spatiale des espaces) ». Chronique du CEJEC de droit européen & comparé n°27. Contributions avec M. Fallon sur le thème des rapports externes à l'UE et des situations purement internes à un État membre. Coordination scientifique de la chronique avec I. Omarjee, *LPA*, 2010, n°112, p.5.

- « Le droit d'une «communauté de lois» : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p.113.
- « Le droit communautaire dévoyé: le cas Blood », *JCP G*, 2000, n°5-6, p.206.
- BERNARD N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, n°1-2, p.11.
- BERNITZ U. et LOKRANTZ BERNITZ H., « Les droits de l'homme et l'identité européenne : le débat relatif à la citoyenneté européenne », in P. ALSTON, M. BUSTELO et J. HEENAN (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.523.
- BERTONCINI Y., « Les migrants, l'espace Schengen » et la solidarité européenne », *Le Mot de Notre Europe*, juin 2011.
- BERRAMDANE A.,
 - « Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne », in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : pierre angulaire d'un système juridique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.56.
 - « La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits : mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p.227.
 - « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », in *Territoires et liberté. Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.157.
- BERTRAND C.,
 - « Les conditions d'une politique commune de l'immigration : apports et limites du Traité de Lisbonne », *Europe*, février 2010, p.5.
 - « Le regroupement familial en droit communautaire », in C. BERTRAND (dir.), *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions sociologiques, 2008, p.183.
- BIEBER R. et MAIANI F., « Sans solidarité point d'Union européenne », *RTDE*, 2012, p.295.
- BIGO D., « Les non-dits de la sécurité intérieure », in F. DE LA SERRE et C. LEQUESNE (dir.), *Quelle union pour quelle Europe ? L'après traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Complexe, 1998, p.43.
- BLACHER P., « Les aspects juridiques de la citoyenneté européenne », in *Vers une citoyenneté européenne*, in L. PFANDER-MENY et J.-G. LEBEAU (dir.), CRDP de l'Académie de Dijon, 2000, p.88.

- BLUMANN C., « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, p.73.
- BOSTANJI S., « Variations sur la notion d'étranger », Rapport introductif au colloque, in S. BOSTANJI et F. HORCHANI (dir.), « *L'étranger dans tous ses états* », Colloque organisé par l'Unité de recherche droit des relations internationales à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, les 3, 4 et 5 février 2005, 2006, p.5.
- BOUTEILLET-PAQUET D., « Un droit d'asile qui s'effrite », *Plein Droit*, n°57, juin 2003.
- BOUMGHAR M., « Quelques remarques sur la tendance sécuritaire actuelle du droit des étrangers à l'échelle européenne », in M. BENLOLO-CARABOT et K. PARROT (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p.67.
- BOUTARD-LABARDE M.-C., « L'ordre public en droit communautaire », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle. Actes du colloque d'Avignon du 7 octobre 1994*, Paris, Dalloz, 1996, p.83.
- BRADY H., « Saving Schengen. How to protect passport-free travel Europe », *Centre for European Reform*, 20 janvier 2012, p.33.
- BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A.,
 - « La consolidation de l'État de droit européen », in M. TELO et P. MAGNETTE (dir.), *De Maastricht à Amsterdam. L'Europe et son nouveau traité*, Bruxelles, Complexe, 1998, p.69.
 - « L'espace de liberté, sécurité et justice : un imbroglio d'un nouvel espace », *RMUE*, 1998/1, p.27.
 - « Le citoyen européen privé du droit d'asile ? » *JTDE*, 1997, p.204.
- BRIBOSIA E., « L'espace de liberté, sécurité et justice : un imbroglio d'un nouvel espace », *RMUE*, 1998/1, p.27.
- BRUGGEMAN M., « Le droit au mariage et mariages de complaisance : victoire de l'article 12 ! », *Dr. Famille*, n°2, février 2011, alerte 6.
- BRUNET P., « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.195.
- BÜSCHEL I., « Du rapport asymétrique existant entre les droits de la citoyenneté européenne et leurs bénéficiaires », in TH. DI MANNO et M.-P. ELIE (dir.), *L'étranger : Sujet du droit et sujets de droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2008, p.53.
- CADIET L., « Abus de droit », *Répertoire de Droit Civil*, Encyclopédie Dalloz, 2004.

- M. CANDELA SORIANO, « La circulation des personnes et les droits de l'Homme », in M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'Homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, p.63.
- CANDELA SORIANO M. et CHENEVIERE C., « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH*, 2005, p.923.
- CARIAT N., « La nationalité en droit de l'Union européenne : différences de traitement et protection », in *Droit international et nationalité*, Colloque SFDI de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, p.425.
- CARLIER J.-Y. et BUSSCHAERT G., « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : malheur aux immobiles ? », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2013/4, p.9.
- CARLIER J.-Y. et CRÉPEAU F., « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? », *AFDI*, vol. LVII, 2011, p.641.
- CARLIER J.-Y.,
 - « Non-discrimination et étrangers », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012, p.161.
 - « Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité », in *Droit international et nationalité*, Colloque SFDI de Poitiers, Paris, Pedone, 2012, p.301.
 - « Evolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions », *Journal des tribunaux européens*, vol. 130, n°6425, 2011, p.117.
 - « Les bénéficiaires de la libre circulation », in S. LECLERC (dir.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2009, p.15.
 - « Existe t-il un droit à la migration ? La cigogne et la maison », in F. CRÉPEAU, D. NAKACHE et I. ATAK (dir.), *La complexe dynamique des migrations internationales*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, p.389.
 - « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regards sur la directive 2004/38 », *CDE*, 2006, n°1-2, p.23.
 - « La circulation des personnes dans l'Union européenne. Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Larcier, 2004, p.143.
 - « Vers une citoyenneté européenne ouverte », *Annales d'études européennes de l'UCL*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.119.

- CARRERA S, GUILD E., MERLINO M. et PARKIN J. « A rage against Solidarity : The Schengen Regime and the Franco-italian Affair », *CEPS*, Avril 2011.
- CARRÈRE V., « La problématique nationaux/étrangers », *Plein droit*, n°35, septembre 1997, *Des papiers pour tous*.
- CAVALLINI J.,
 - « Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes », *JCP S*, 26 juillet 2011, n°30, p.1363.
 - « Portée de la citoyenneté européenne », *JCP S*, 19 avril 2011, n°16, p.1195.
 - « Conditions d'exercice du droit au regroupement familial », *JCP S*, 2008 n° 1593, p.16.
- CHALTIEL F., « Qu'est-ce qu'un citoyen européen ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe*, Paris, Dalloz, 2010, p.175.
- CHEMILLIER-GENDREAU M., « La virtualité de la libre circulation », *Plein Droit*, n°36-37, La République bornée, décembre 97.
- CHENEVIERE C.,
 - « Les droits politiques des citoyens européens sont-ils réservés aux seuls citoyens européens ? », in C. CHENEVIERE et G. DUCHENNE, (dir.), *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 2011, p.31.
 - « Régime juridique des ressortissants d'États tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union », in *La libre circulation des personnes, état des lieux et perspectives*, Collège de l'Europe, 2003, p.125.
- CHETAIL V., « Migrations, droits de l'Homme et souveraineté : le droit international dans ses états », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Volume II, Bruxelles, Bruylant, coll. De l'Académie de Droit International Humanitaire et de droits humains à Genève, 2007, p.13.
- CLARET H., « Quelques remarques sur le champ d'application du droit communautaire (à propos du principe de liberté de circulation des marchandises et des –situations purement internes”) », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p.103.
- CLÉMENT-WILZ L., « Chronique de droit administratif et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2012, p.377.
- CLOSSET C.-L., *Traité de la nationalité en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2004, p.11.
- CONSTANTINESCO V.,

- « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier. La France, l'Europe et le monde*, Paris, Pedone, 2008, p.267.
- « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS et R. KOVAR (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p.101.
- CORNELOUP S.,
 - « Libre circulation des personnes, citoyenneté européenne et situations purement internes », *D.*, 2011, p.1064.
 - « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI*, 2011, p.491.
 - « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *D.*, 2011, p.1325.
 - « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, p.207.
- CORNUT E., « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, n°1, p.27.
- CORTÉS MARTÍN J.-M., « Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne : un droit à géométrie variable ? », *RDUE*, 4/2005, p.721.
- DARDENNE E. et WEERTS L., « La communautarisation de la politique d'immigration : déterritorialisation ou permanence des territoires ? », in P. MAGNETTE et E. REMACLE (dir.), *Le nouveau modèle européen*, Vol. 2, Les politiques internes et externes, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p.15.
- DAUTRICOURT C., « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt —*Stock*— », *RDUE*, 2008, n° 4, p.858.
- D'AVOUT L., « Le droit international privé de l'Union européenne et ses solutions autonomes du conflit de nationalités », *JDI*, 1/2010, p.157.
- DE BEYS J., « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE*, 2001, p.137.
- DE BRUYCKER P. et LABAYLE H., « Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration », *Etude du Parlement européen*, avril 2012.
- DE BRUYCKER P. et PASCOUAY Y., Le regroupement familial à la croisée des droits européen et belge, *Fondation Roi Baudoin*, janvier 2011, p.27.

- DE BRUYCKER P.,
 - « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, p.351.
 - « Le traité de Lisbonne et les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », *RAE*, n°2, 2007-2008, p.223.
 - « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile », in F. JULIEN-LAFFERRIÈRE, H. LABAYLE, Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.45.
 - « Politique européenne d'immigration », in DE BRUYCKER P. (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p.351.
 - « Rapport belge », in *L'étranger, Travaux de l'association Henri Capitant, journée luxembourgeoise*, tome XLVIII, 1997, Paris, LGDJ, 2000, p.75.
- DE LA PRADELLE G., « Incidences du droit de l'Union sur la nationalité dans les États membres », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p.174.
- DE LAPRADELLE A., « Les décrets du 8 novembre 1921 sur la nationalité d'origine en Tunisie et au Maroc (zone française) devant la Cour permanente de Justice internationale », *RDIP*, vol. 19, 1923, p.1.
- DE LARY H., « Marché du travail et droits des ressortissants des pays tiers », in M. BONNECHÈRE (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs. Actes du colloque de Paris 10 octobre 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p.174.
- DELMAS-MARTY M., « le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003, p.47.
- DEMESMAY C., « Les nouveaux espaces de la citoyenneté- Enjeux et obstacles d'une citoyenneté européenne », *Cahiers français*, 2003, n°316, p.50.
- DEPAIGNE A. et LASCOUTES P., « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, 1997, volume 27, numéro 27, p.5.
- DERO-BUGNY D., « L'étranger », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.377.

- DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Fraude à la loi », *Répertoire international*, Encyclopédie Dalloz, 1998.
- DITBERT D., « Les droits des citoyens de l'Union : vers un statut détaché de tout élément transfrontalier ? », *RAE*, 2011/1, p.223.
- DONIER V., « Les ambivalences du critère de la résidence dans le cadre du Revenu de solidarité active », *RDSS*, janvier-février 2012, n°1, p.63.
- DUCOULOUX-FAVARD C., « Fraude et droit d'établissement dans l'Union Européenne », *LPA*, 12 novembre 1999, n°226, p.5.
- DUBOS O., « Quel statut personnel pour les ressortissants des États tiers ? », *RAE*, 2003-2004/I, p.83.
- DUMONT H., « La politique européenne d'immigration : synthèse des travaux en atelier », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, p.365.
- EISENMANN CH., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, Tome XI, 1966, p.25.
- ELKAÏM G., « Quelques remarques du point de vue du négociateur », in F. JULIEN-LAFERRIÈRE, H. LABAYLE et Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.44.
- EVANS A., « Nationality law and European Integration », *ELR*, 1991, vol. 16, p.190.
- FALLON M.,
 - « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in J. VERHOEVEN (dir.), *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, p.165.
 - « La citoyenneté européenne », *JTDE*, 1994, p.65.
- FENET A., « L'identité européenne : variations contemporaines sur une interrogation ancienne », in J. CHEVALLIER (dir.), *L'identité politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du CURAPP », 1994, p. 397.
- FLAUSS J.-F., « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme - Les principes en droit international », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, p.45.
- FULCHIRON H., « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p.205.

- GAJA G., « Les discriminations à rebours : un revirement souhaitable », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck. Etudes de droit européen et international*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.993.
- GALLIANO L., « La situation juridique de l'étranger en France ou l'insécurité juridique comme moyen de régulation de l'immigration », *REVUE Asylon(s)*, n°4, mai 2008, Institutionnalisation de la xénophobie en France, disponible sur : <http://www.reseau-terra.eu/article761.html>.
- GASPARINI E., « L'étranger et le droit : essai de mise en perspective historique », in T. DI MANNO et M.-P. ÉLIE (dir.), *L'étranger : Sujet du droit et sujets de droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2008, p.17.
- GAUDIN H., « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux », *RAE*, 2006/I, p.83.
- M. GAUTIER et F. MELLERAY, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit de l'Union », *RAE*, 2003-2004, p.29.
- GAUTIER M.,
 - « La participation des États tiers à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in I. BOSSE-PLATIERE et C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne-Colloques, 2014, p.239.
 - « Étranger », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2013 (mise à jour en juin 2014).
 - « Les frontières de l'espace Schengen, reflet des difficultés de la construction européenne », intervention du 12 mars 2012, Cycle de conférences « Quelles frontières pour l'Union européenne ? », Rennes.
 - « Les discriminations à rebours, une espèce à protéger », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. Droits Européens, 2012, p.145.
 - « L'immigration intra-communautaire », in C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *L'immigration légale : aspects de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.31.
 - « L'ordre public », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.317.
 - « Administration sans frontières ? Droit européen de l'immigration : Les instruments juridiques et leurs effets », *REDP*, 2009, p.65.
 - « Premiers pas hésitants dans l'élaboration d'une politique commune en matière d'immigration légale », *JCP A*, 2004, 1030, p.70.

- « Vers un statut communautaire des immigrés en situation régulière », *JCP A*, 2004, p.713.
- GAZIN F., « Du bon emploi du règlement « Dublin II » sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *Europe*, n°3, mars 2012, p.9.
- GENSON R., « Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le programme de La Haye (2005-2010) », *RMCUE*, 2005, p.172.
- GILISSEN J., « Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative », in *L'étranger. Recueil de la société Jean Bodin*, éd. Librairie encyclopédique de Bruxelles, 1958, p.5.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « Mariages mixtes : le mariage entre un ressortissant et un étranger dans quelques pays européens », *AJ Famille*, 2007, p.262.
- HARNAY S. et BERGÉ J.-S., « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE*, 2011/2- t.XXV, p.165.
- HERNU R., « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne ? », in M. BENLOLO-CARABOT et K. PARROT (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.44.
- HEYMANN J.,
 - « Libre circulation des personnes, citoyenneté européenne et situations purement internes », *RCDIP*, 2012, p.352.
 - « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann) », *Europe*, juin 2010, p.5.
- HEYMANN-DOAT A., « Les immigrés et l'Europe », *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p.115.
- HUBEAU F.,
 - « Ordre public », *Encyclopédie Dalloz Communautaire*, Paris, Dalloz, 1992.
 - « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *CDE*, 1981, p.207.
- ICARD P.,
 - « Quelques réflexions sur la vulnérabilité du droit communautaire dérivé », in *Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur. Liber Amicorum Gilles Darcy*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.381.
 - « L'immigrant en droit communautaire : histoire d'espaces traversés de frontières », *RDUE*, 2/2009, p.221.

- « Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne : un impressionnisme juridique », in C. BERTRAND (dir.) *L'immigration dans l'Union européenne : aspects actuels de droit interne et de droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions sociologiques, 2008, p.125.
- « La primauté de l'usage du droit à circuler sur la qualité de citoyen de l'Union », *D.*, 2008, p.1655.
- « Mondialisation, immigration : histoire d'un paradoxe communautaire », Colloque organisé par la faculté de droit de Clermont Ferrand, 2003, « Mondialisation, traçabilité et libre circulation », *RDUE*, 2003, n°2, p.409.
- IDOT L.,
 - « Accord d'association avec la Turquie », *Europe*, n°3, mars 2008, comm. 87, p.17.
 - « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé, Le droit international privé communautaire, émergence et incidences », *LPA*, 12 décembre 2002, n°248, p.27.
- ILIOPOULOU A.,
 - « Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination », *RAE*, 2011, n°1, p.51.
 - « L'influence du droit européen sur les catégories du droit de la responsabilité de la puissance publique », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.791.
 - « La première condamnation d'une discrimination à rebours. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 6 oct. 2008, Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e.a., req. n°310146 », *RFDA*, 2009, p.132.
 - « What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom. À propos de l'arrêt Garcia Avello », *RTDE*, 2004, p.565.
- JACQUES J.-P.,
 - « Les réfugiés », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2010, p.423.
 - « L'unification de l'Allemagne et la Communauté européenne », *RGDIP*, 1990, p.997.
- JAUME A., « Arrêt Metock : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *JDE*, 2008, n°153, p.271.
- JAUMOTTE J., « Le droit des étrangers : les derniers développements en droit européen. La jurisprudence récente de la CJUE et de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in S. BODART (dir.), *Droit des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, coll. UB3, 2012, p.89.

- JAUREGUIBERRY A., « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : Etude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens. Dixième journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2012, p.351.
- JESTAZ P., « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in *La personne humaine, sujet de droit (4èmes journées René Savatier)*, Paris, PUF, coll. –Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers”, 1994, p.159.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F. et JOUANT N., « L'éloignement des ressortissants de pays tiers », in F. JULIEN-LAFERRIÈRE, H. LABAYLE et Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.207.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F.,
 - « étrangers (droit des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. REAL et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2008, p.402.
 - « La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001 p.257.
- G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, janv.-mars 2002, p.3.
- LABAYLE H.,
 - « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFDA*, 2011, p.273.
 - « L'espace de liberté, sécurité et justice : la nouvelle frontière ? », *Europe*, juillet 2008, p.55.
 - « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *RFDA*, 2007,p.101.
 - « L'étranger dans l'Union européenne », in *Le Droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p.423.
 - « Vers une politique commune dans l'Union européenne », in F. JULIEN-LAFERRIÈRE, H. LABAYLE et Ö. Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit-Université libre de Bruxelles, 2005, p.1.
 - « L'espace de liberté, sécurité et justice dans la constitution pour l'Europe », *RTDE*, 2005, p.437.

- « Vers une citoyenneté européenne ? Le point de vue du droit communautaire », *LPA*, n°76, 24 juin 1992, p.23.
- LAGARDE P.,
 - « Les compétences de l'État en matière d'octroi et de déchéance de la nationalité », *Droit international et nationalité*, colloque de Poitiers, SFDI, Paris, Pedone, 2012, p.81.
 - « Nationalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. «Quadrige-Lamy», 2003, p. 1151.
- LAGONDET F., « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JTDE*, 2003, n°95, p.8.
- LANFRANCHI M.-P., « Les notions de nationalité et citoyenneté interrogées par le droit international public », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.39.
- LANTERO C., « L'intégration de l'asile dans les politiques d'immigration : un amalgame opportun ? », in C. BERTRAND (dir.), *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions sociologiques, 2008, p.81.
- LARRALDE J.-M., « La constitutionnalisation de l'ordre public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux. Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.217.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « Conformité à la constitution de la loi sur le contrôle de la validité des mariages », *Dr. Famille*, n°1, janvier 2007, comm. 1.
- LASSALLE J., « Droit de séjour des citoyens de l'Union », *Europe*, 2008, p.21.
- LE BRIS R.-F., « L'étranger et ses métamorphoses. Quelques considérations contemporaines », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn. L'internationalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p.233.
- LECLERC S., « Les limitations aux libertés de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : les apports de la directive 2004/38/CE », in S. LECLERC (dir.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2009, p.65.
- LECUCQ O.,
 - « Propos introductifs. Nationalité et citoyenneté », in LANFRANCHI M.-P., LECUCQ O. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.15.

- « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p.1637.
- « La liberté de mariage des étrangers en situation irrégulière », *D.*, 2004, p.1405.
- LÉGER P., GINTER E., COMOLET-TIRMAN C., VALLÉE L. et AUJEAN M., « Libertés communautaires et abus de droit », *DF*, 22 novembre 2007, n°47, p.978.
- LENAERTS K., « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué. Chemins d'Europe*. Paris, Dalloz, 2010, p.421.
- LEVADE A.,
 - « L'identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne, Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, p.109.
 - « Equivalence de protections ou quand la Belgique viole la Convention européenne en croyant respecter le droit de l'Union », *Constitutions*, 2011, p.334.
- LOCHAK D.,
 - « Un espace de liberté, de sécurité et de justice : pour qui ? », in M. BENLOLOCARABOT et K. PARROT (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.13.
 - « Le tri des étrangers : un discours récurrent », *Plein droit*, n°69, juillet 2006, p.4.
 - « Immigration subie, immigration choisie : vers de nouvelles hiérarchies », Conférence du 14 mars 2006, CERSA-CREDOF, Séminaire sur les politiques antidiscriminatoires animé par D. BORILLE.
 - « La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers », texte publié dans « les lois de l'inhospitalité », La Découverte, 1997. Disponible sur : <http://www.gisti.org/doc/presse/1997/lochak/politique.html>
 - « États, nations, frontières : vraies et fausses évidences », *Plein Droit*, n°36 et 37, décembre 97, *La république bornée*, <http://www.gisti.org/doc/plein-droit/36-37/État.html>.
 - « La citoyenneté européenne : facteur d'union ou vecteur d'exclusion », in G. KOUBI (dir), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, p.51.
 - « La race, une catégorie juridique ? », in Actes du colloque *Sans distinction de... race* (27 et 28 mars 1992) - Presses de la FNSP, Revue *Mots*, n°33, <http://www.anti-rev.org/textes/Lochak92a/>.
 - « L'entrée et le séjour des étrangers en France : une législation sous influence politique », *AJDA*, 1989, p.586.

- « L'étranger et les droits de l'homme », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement Moderne, 1981, p.615.
- LUBY M., « Entrée et séjour dans l'Union », *JDI*, 2004, n°2, p.580 et s.
- LYON-CAEN A., « Les bénéficiaires de la libre circulation », in M. BONNECHÈRE (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, Paris, La Documentation française, 1998, p.9.
- LYON-CAEN G., « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTDE*, 1966, p.693.
- MAKAROV A., « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, Vol. 74, 1949, p.269.
- MANSON S., « Conclusion et synthèse », in E. SAULNIER-CASSIA et V. TCHEN (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p.147.
- MARTIN D.,
 - « La libre circulation des personnes : au-delà de l'évolution et des révolutions, la perpétuelle quête de sens », *RAE*, 2012/I, p.86.
 - « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, p.319.
 - « Les situations purement internes : une jurisprudence peu limpide... », *Liaisons sociales Europe*, n°279, 2-15 juin 2011, p.2.
 - « L'interdiction de discriminer en raison de la nationalité : quelques arrêts troublants », *RAE*, 2009-2010, p.237.
 - « Loi du 15 décembre 1980. Transposition du droit communautaire », *Rev. dr. étr.*, 1996, p.725.
- MARTUCCI F., « La directive «retour» : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *RTDE*, vol. 45, n°1, 2009, p.47.
- MARZO C., « Aux frontières de l'Europe : comparaison de la situation des résidents ressortissants de différents États tiers, à celle des citoyens de l'Union », *RMCUE*, n°538, mai 2010, p.286.
- MASCLET J.-C., « Vers une citoyenneté européenne ? », *Cahiers français*, 1997, n°281, p.77.
- MAURY J., « V° Nationalité (théorie générale et droit français) », in A. de LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET (dir.), *Rép. Droit international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1931, n°14 et s.

- MEEUSEN J., « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, t. 353, 2012, p.9.
- MEISSE E., « Le droit de la nationalité à l'épreuve de l'intégration européenne », in G. DUPRAT (dir.), *Union européenne, droit, politique et démocratie*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1996, p.109.
- MICHEL V.,
 - « La difficile formalisation des compétences. L'exemple des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p.491.
 - « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *ADE*, 2004, vol. II, p.31.
 - « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, p.22.
- MONJAL P.-Y., « Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne : les limites de la simplification », *AJDA*, 2003, p.2177.
- MOUTON J.-D.,
 - « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne, Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, p.145.
 - « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *RGDIP*, 2010-2, p.257.
 - « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, p.407.
 - « Quelques réflexions sur l'Union européenne comme Union des citoyens à partir de la jurisprudence récente de la juridiction communautaire », in *Un droit pour des hommes libres. Etudes en l'honneur du professeur Alain Fenet*, Paris, Litec, 2008, p.347.
- NABLI B., « L'identité constitutionnelle européenne de l'État de l'Union », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne, Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, Paris, p.154.
- NASCIMBENE B. et DI PASCALE A., « The "Arab Spring" and the Extraordinary Influx of people who arrived in Italy from North Africa », *European Journal of Migration and Law*, 2011, p.341.

- NAZET ALLOUCHE D., « Quelle citoyenneté pour les ressortissants des pays tiers dans l'Union européenne ? », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.181.
- NUYTS A., « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Jurist Advances*, 2003, vol. 3, no 1, p.1.
- PARLÉANI G., « Prestations de services », *Répertoire Droit communautaire*, Encyclopédie Dalloz, 1997.
- PASCOUAU Y., « Schengen et la solidarité : le fragile équilibre entre confiance et méfiance mutuelles », *Policy Paper*, n°55, juillet 2012.
- PATAUT E.,
 - « Le citoyen européen et sa famille étrangère », *RTDE*, 2013, p.927.
 - « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *RTDE*, 2010, p.617.
- PEREZ S., « L'étranger dans l'Union européenne », in M. REYDELLET (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges*, Paris, L'Harmattan, coll. Champs libres n°7, 2008, p.63.
- PEREZ VERA E., « Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers », *RCADI*, 1996, p.243.
- PETTITI L.-E., « La protection des étrangers par la Convention européenne des droits de l'Homme », in H. FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : actes des journées de travail organisées à Lyon le vendredi 14 et le samedi 15 novembre 1997*, Paris, LGDJ, p.30.
- PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, n°spécial, p.59.
- PICHERAL C.,
 - « Les États membres de l'Union, Des États sûrs au regard de l'asile ? Regards croisés sur une présomption recadrée », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p.867.
 - « L'apport du Traité de Lisbonne aux politiques européennes d'asile et d'immigration », *RDUE*, n°547, avril 2011, p.225.
 - « L'œuvre de la Cour de justice dans la politique européenne d'asile et d'immigration », *RDUE*, n°545, février 2011, p.117.
 - « Mariages blancs et droit au mariage », *JCP G*, n°52, 27 décembre 2010, p.2451.

- « Du droit des citoyens de l'Union européenne à la non-discrimination en matière de prestations sociales », *RAE*, 2009-2010/2, p.293.
- « Espace de liberté, sécurité et justice et champ d'application du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004/1, p.95.
- PILLAULT J., « Du caractère politique de la notion de nationalité », *RCDIP*, t. 12, n°1, 1916, p.14.
- PLATON S., « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE*, 2012, p.23.
- PLENDER R., « Quo vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich », *CDE*, 2004, n°1-2, p.261.
- POILLOT-PERUZZETTO S., « Question de méthodes, question d'Europe », *JCP G*, n°12, 21 mars 2007, p.48.
- PUISSOCHET J.-P. et GERVASONI S., « Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p.717. 62
- QUIMINAL C., « Nouvelles mobilités et anciennes catégories », *Ville-Ecole, Intégration*, n°131, décembre 2002, p.9.
- RAMBAUD P., « La discrimination à rebours et le droit communautaire : un mythe juridique ? », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1992, p.339.
- RANNOU H., « La citoyenneté européenne et l'immigration », *RAE*, 2000, p.38.
- RAYNOUARD A., « La concurrence normative dans l'Union européenne », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p.903.
- RIDEAU J., « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'Homme », *Recueil des cours*, 1997, t. 265, Académie de droit international de la Haye, p.9.
- RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in J.-D. MOUTON et J.-C. BARBATO (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, coll. droit de l'Union européenne-Colloques, p.21.
- ROBIN-OLIVIER S., « L'étranger et la citoyenneté européenne. Lecture de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p.185.
- RODIÈRE P., « Libre circulation et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTDE*, 2006, p.163.

- RUBIO N., « Les droits dérivés des membres de la famille, de nationalité d'un État tiers », du citoyen de l'Union européenne, in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.240.
- RUZIÉ D., « Nationalité, effectivité et droit commun », *RGDIP*, 1993-1, p.107.
- RYAN, B., « Royaume-Uni : Le pragmatisme poussé à l'extrême », *Plein droit*, 65-66, juillet 2005.
- SAGAUT J.-F. et COGNIART M., « Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne », *JCP N*, 2005, n°21, p.964.
- SCHMITTER C., JULIEN-LAFERRIÈRE F. et CARLIER J.-Y., « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour? », in P. DE BRUYCKER (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.97.
- SCHMITTER C., « Droits économiques, sociaux, politiques et différences de traitement entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants communautaires », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalité. Le principe de non discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.151.
- SKOURIS V., « La citoyenneté européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne », in B. FAUVARQUE-COSSON, E. PATAUT et J. ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p.89.
- SHAMMAMOUN S. et NEUWAHL N., « Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 (CJCE, affaire Metock, C-127/08) », *RTDE*, 2009 p.91.
- SI BOUAZZA C., « L'appel au citoyen : la mobilisation du concept de citoyenneté au service de l'Union européenne », in M.-P. LANFRANCHI, O. LECUCQ et D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p.65.
- SIMON D. et RIGAUX A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac, Cinquante ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, p.557.
- SIMON D.,
 - « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. Cahiers européens, n°1, 2011, p.27.
 - « Droit aux prestations en faveur des demandeurs d'emploi », *Europe*, n°8, août 2009, comm. 306.

- « Pourrait-on enfin en finir avec les discriminations à rebours ? », *Europe*, novembre 2008, p.1.
- « Droit de séjour : les tribulations d'une chinoise et de sa fille au Royaume-Uni », *Europe*, décembre 2004, comm. 401, p.14.
- SLAMA S.,
 - « Ressortissants de pays tiers légalement installés : possibles mais improbables citoyens », in C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *L'immigration légale : aspects de droit européen*, journée d'études, Bordeaux, 21 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.153.
 - « Réadmission vers la Grèce : le droit européen de l'asile en question », in E-colloque *Les grands enjeux de l'État de droit*, Fondation Albert Cohen, <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=readmissionsverslagrece>.
- SOLBES MIRA P., « La citoyenneté européenne », *RMCUE*, 1991, p.168.
- SORIASION D. et JESUS-GIMENO B., « L'apport du Traité de Lisbonne dans les domaines justice, liberté et sécurité », *Gaz. Pal.*, 19 juin 2008, n°171, p.42.
- TAGARAS H., « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement internes » », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck. Etudes de droit européen et international*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.1499.
- TERRÉ F., « Réflexions sur la notion de nationalité », *RCDIP*, 1975, p.198.
- TCHEN V., « La coopération communautaire en matière d'examen des demandes d'asile (CE, réf., 20 mai 2010) », *AJDA*, n°7, juillet 2010, comm. 112, p.32.
- TOUILLIER M., « RSA : la condition de cinq ans de résidence conforme à la Constitution », *Dictionnaire Permanent Droit des étrangers*, juillet 2011, n°202, p.7.
- TRYANTAFYLLOU D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *CDE*, 2002, n°5, p.611.
- URBANO DE SOUSA C., « Le droit des membres de la famille du citoyen de l'UE de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres dans la directive 2004/38/CE », in J.-Y. CARLIER et E. GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, p.103.
- VALLÉE L. et AUJEAN M., « Libertés communautaires et abus de droit », *DF*, 22 novembre 2007, n°47, p.978.
- VERWILGHEN M., « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », in *Recueil des cours. Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 277, 1999, p.9.

- VRELLIS S., « –Abus” et –fraude” dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p.633.
- WAELBROECK D., « La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire », in *Mélanges en hommages à Jean-Victor Louis*, Institut d’Etudes Européennes, Editions de l’Université Libre de Bruxelles, 2003, vol. I, p.595.
- WALINE W., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin. Théorie générale du droit*, Tome I, Bruxelles et Paris, Bruylant et Sirey, 1963, p.359.
- WITHOL DE WENDEN C.,
 - « Comment l’immigration contribue à définir l’identité européenne », *Hommes et migrations*, Regards croisés France-Allemagne, n°1223, janvier/février 2000.
 - « États des lieux. Europe : droits politiques inégaux », *Territoires*, n°371, octobre 1996, p.26.

III- LÉGISLATIONS ET AUTRES SOURCES DOCUMENTAIRES

A- Droit de l’Union européenne

1- Règlements

- Règlement (UE) n° 516/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, portant création du Fonds «Asile, migration et intégration», modifiant la décision 2008/381/CE du Conseil et abrogeant les décisions n°573/2007/CE et n°575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2007/435/CE du Conseil, JO L 150 du 20 mai 2014, p.168.
- Règlement (UE) n°515/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, portant création dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l’instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et des visas et abrogeant la décision n°574/2007/CE, JO L 150 du 20 mai 2014, p.143
- Règlement (UE) n°514/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, portant dispositions générales applicables au Fonds « Asile, migration et intégration » et à l’instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité, ainsi qu’à la gestion des crises, JO L 150 du 20 mai 2014, p.112.

- Règlement (UE) n°513/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et la répression de la criminalité ainsi qu'à la gestion des crises, et abrogeant la décision 2007/125/JAI du Conseil, JO L du 20 mai 2014, p.93.
- Règlement d'exécution (UE) n°118/2014 de la Commission, du 30 janvier 2014, modifiant le règlement (CE) n°1560/2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n°343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L du 8 février 2014, p.1.
- Règlement (UE) n°1053/2013 du Conseil, du 7 octobre 2013, portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen et abrogeant la décision du comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d'une commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, JO L 295 du 6 novembre 2013, p.27.
- Règlement (UE) n°1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n°562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, JO L 295 du 6 novembre 2013, p.1.
- Règlement (UE) n°610/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, modifiant le règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) n°1683/95 et (CE) n°539/2001 du Conseil et les règlements (CE) n°767/2008 et (CE) n°810/2009 (code des visas) du Parlement européen et du Conseil, JO L 182 du 29 juin 2013, p.1
- Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (règlement –Dublin III”, refonte de –Dublin II”), JO L 180 du 29 juin 2013, p.31.
- Règlement (UE) n°603/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n°604/2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n°1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au

sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.1.

- Règlement (UE) n°1168/2011 du Parlement européen et du Conseil, 25 octobre 2011, modifiant le règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 304 du 22 novembre 2011, p.1.
- Règlement (UE) n°439/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 2010, portant la création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO L 132 du 29 mai 2010, p.11.
- Règlement (CE) n°180/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, établissant un code communautaire des visas (codes des visas), JO L 243 du 15 septembre 2009, p.1.
- Règlement (CE) n°767/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 9 juillet 2008, concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), JO L 218 du 13 août 2008, p.60.
- Règlement (CE) n° 2006/1987 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381 du 28 décembre 2006, p.4.
- Règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381 du 28 décembre 2006, p.4.
- Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes («Code frontières Schengen»), JO L 105 du 13 avril 2006, p.1.
- Règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 349 du 25 novembre 2004, p.1.
- Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004, p.1.
- Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000, JO L 338 du 23 décembre 2003, p.1.

- Règlement (CE) n°343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (Dublin II), JO L 50 du 25 février 2003, p.1.
- Règlement (CE) n°539/2001 du Conseil, du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81 du 21 mars 2001, p.1.
- Règlement (CE) n°2725/2000 du Conseil, du 11 décembre 2000, concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins d'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316 du 15 décembre 2000, p.1.
- Règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257, 19 octobre 1968, p.2.

2- Directives

- Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.96.
- Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p.60.
- Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, JO L 343 du 23 décembre 2011, p.1.
- Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337 du 20 décembre 2011, p.9.
- Directive 2011/51/UE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2011, modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale, JO L 132 du 19 mai 2011, p.1.
- Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009, prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168 du 30 juin 2009, p.24.

- Directive 2009/50/CE du Conseil, du 25 mai 2009, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155 du 18 juin 2009, p.17.
- Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 du 24 décembre 2008, p.98.
- Directive 2005/85/CE du Conseil, du 1^{er} décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326 du 13 décembre 2005, p.13.
- Directive 2005/71/CE du Conseil, du 12 octobre 2005, relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289 du 3 novembre 2005, p.15.
- Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO L 255 du 30 septembre 2005, p.22.
- Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304 du 30 septembre 2004, p.12. (abrogée par la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011)
- Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n°1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30 avril 2004, p.77.
- Directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23 janvier 2004, p.44.
- Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial, JO L 251 du 3 novembre 2003, p.12.
- Directive 2003/09/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31 du 6 février 2003, p.18.

- Directive 2001/55/CE du Conseil, du 20 juillet 2001, relative aux normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212 du 7 août 2001, p.12.
- Directive 2001/51/CE du Conseil, du 28 juin 2001, visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187 du 10 juillet 2001, p.45.
- Directive 2001/40/CE du Conseil, du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 149 du 2 juin 2001, p.34.
- Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2 décembre 2000, p.16.
- Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO, L 180 du 19 juillet 2000, p.122
- Directive 1999/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 juin 1999, instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes, JO L 201, p.77.
- Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, JO L 77 du 14 mars 1998, p.36.
- Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 2 janvier 1997, p.1.
- Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, JO L 317 du 18 décembre 1993, p.59.
- Directive 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE, JO L 209, p.25.
- Directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO L 180 du 13 juillet 1990, p.28.
- Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JO L 180 du 13 juillet 1990, p.26.

- Directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, JO L du 24 janvier, p.16 (abrogée et remplacée par la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO L 255 du 30 septembre 2005, p.22.)
- Directive 82/489/CEE du Conseil, du 19 juillet 1982, comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services des coiffeurs, JO L 218, p.24.
- Directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, JO L 78 du 26 mars 1977, p.17.
- Directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, JO L 172 du 28 juin 1973, p.14
- Directive 64/427/CEE du Conseil, du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation, JO L 117 du 23 juillet 1964, p.1863.
- Directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, JO L 56 du 04 avril 1964, p.850.

3- Décisions, décisions-cadres

- Décision 2011/842/UE du Conseil, du 13 décembre 2011, relative à l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen dans la Principauté de Liechtenstein, JO L 334 du 16 décembre 2011, p.27.
- Décision 2010/261/UE de la Commission, du 4 mai 2010, établissant un plan de sécurité pour le SIS II central et l'infrastructure de communication, JO L 112 du 5 mai 2010, p.31.
- Décision 2009/538/CE de la Commission, du 10 juillet 2009, modifiant la décision 2008/456/CE fixant les modalités de mise en œuvre de la décision n°574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » en ce qui concerne les systèmes de gestion et de contrôle des États membres, les règles de gestion administrative et financière et l'éligibilité des dépenses pour les projets cofinancés par le Fonds, JO L 180 du 11 juillet 2009, p.20.

- Décision 2008/456/CE de la Commission, du 5 mars 2008, fixant les modalités de mise en œuvre de la décision n°576/2007/CE du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » en ce qui concerne les systèmes de gestion et de contrôle des États membres, les règles de gestion administrative et financière et l'éligibilité des dépenses pour les projets cofinancés par le Fonds pour les frontières extérieures, JO L 167 du 27 juin 2008, p.1.
- Décision 2008/334/JAI de la Commission, du 4 mars 2008, portant adoption du manuel Sirene et d'autres mesures d'application pour le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 123 du 8 mai 2008, p.39.
- Décision 2008/33/CE de la Commission, du 4 mars 2008, portant adoption du manuel Sirene et d'autres mesures d'application pour le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 123 du 8 mai 2008, p.1.
- Décision 2008/147/CE du Conseil, du 28 janvier 2008, relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre ou en Suisse, JO L 53 du 27 février 2008, p.3.
- Décision 2007/837/CE de la Commission, du 30 novembre 2007, mettant en œuvre la décision n°575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'adoption des orientations stratégiques pour la période 2008-2013, JO L 330 du 15 décembre 2007, p.48.
- Décision 2007/599/CE de la Commission, du 27 août 2007, mettant en œuvre la décision 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adoption d'orientations stratégiques pour la période 2007-2013, JO L 233 du 5 septembre 2007, p.3.
- Décision 435/2007/CE du Conseil, du 25 juin 2007, portant création du fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la période 2007-2013, JO L 168 du 28 juin 2007, p.18.
- Décision 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires», JO L 144 du 6 juin 2007, p . 45
- Décision 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mai 2007, portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » , JO L 144 du 6 juin 2007, p.22.

- Décision 573/2007/CE du parlement européen et du conseil, du 23 mai 2007, portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires» et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JO L 144 du 6 juin 2007, p.1.
- Décision 2006/188/CE du Conseil, du 21 février 2006, relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark, étendant au Danemark les dispositions du règlement (CE) n°343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, et du règlement (CE) n°2725/2000 du Conseil concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 66 du 8 mars 2006, p.37.
- Décision 2006/167/CE du Conseil, du 21 février 2006, relative à la conclusion d'un protocole à l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège, JO L 57 du 28 février 2006, p.15.
- Décision 2004/926/CE du Conseil, du 22 décembre 2004, relative à la mise en œuvre de certaines parties de l'acquis de Schengen par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, JO L 395 du 31 décembre 2004, p.70.
- Décision 2004/512/CE du Conseil, du 8 juin 2004, portant création du système d'information sur les visas (VIS), JO L 213 du 15 juin 2004, p.5.
- Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, du 28 novembre 2002, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328 du 5 décembre 2002, p.1.
- Décision 2002/192/CE du Conseil, du 28 février 2002, relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JO L 64 du 7 mars 2002, p.20.
- Décision 2000/365/CE du Conseil, du 29 mai 2000, relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JO L 131 du 1^{er} juin 2000, p.43.
- Décision 64/732/CEE du Conseil, du 23 décembre 1963, portant conclusion de l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, JO C 217 du 29 décembre 1964, p.3685.

4- Propositions législatives

- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs, COM (2013) 97 final, 28 février 2013.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/sortie pour l'enregistrement des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, COM (2013) 95 final, 28 février 2013.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, COM (2011) 560 final, 16 septembre 2011.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte), COM(2008) 820 final, 3 décembre 2008.
- Proposition de règlement du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, COM(2001) 447 final, 26 juillet 2001.
- Proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale, COM (2011) 319 final, 1^{er} juin 2001.
- Proposition de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM (1999) 638 final, 1^{er} décembre 1999.

5- Autres

- Commission staff working document, *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, Brussels, 26.9.2014 SWD(2014) 284 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Aider les autorités nationales à réprimer les abus du droit à la libre circulation: Manuel relatif aux mariages de complaisance entre des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers, dans le cadre de la législation de l'UE concernant la libre circulation des citoyens de l'Union*, Bruxelles, le 26.9.2014 COM(2014) 604 final.
- Résolution du Parlement européen du 16 janvier 2014 sur la citoyenneté de l'Union européenne à vendre, 2013/2995 (RSP).

- Rapport de la Commission l'application de la directive 2004/83/CE concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, COM (2010) 314 final, 16 juin 2010.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Premier rapport annuel sur l'immigration et l'asile (2009), COM (2010) 214 final, 6 mai 2010.
- Programme de Stockholm, *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JO C 115 du 4 mai 2010.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, COM (2008) 840 final, 10 décembre 2008.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, du 17 juin 2008 : « Une politique commune de l'immigration pour l'Europe : principes, actions et instruments », COM (2008) 359 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, COM (2007) 745 final, 26 novembre 2007.
- Le programme de La Haye. Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, Conseil européen de Bruxelles. Conclusions de la présidence, 4 et 5 novembre 2004, JO C du 3 mars 2005, p.1 et le plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice au sein de l'Union européenne, JO C 198 du 12 août 2005, p.1.
- Livre vert relatif au droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne (directive 2003/86/CE), COM (2011) 735 final, 15 novembre 2011.
- Troisième rapport de la Commission européenne sur la citoyenneté de l'Union, COM (2001) 506 final, 7 septembre 2001.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 11 juillet 2001, sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM (2001) 387.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, COM (1999) 372 final, 19 juillet 1999.

- Résolution du Conseil, du 4 décembre 1997, sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, JO C 382 du 16 décembre 1997, p.1.
- Résolution du Conseil, du 30 novembre 1994, concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, JO C 274 du 19 septembre 1996, p.7.
- Résolution du Conseil, du 20 juin 1994, concernant la limitation de l'admission des ressortissants des pays tiers dans les États membres à des fins d'emploi, JO C 274 du 19 septembre 1996, p.3.

B- Droit français

1- Lois

- Loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, JO n°139 du 17 juin 2011, p.10290.
- **TURPIN D.**, « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration et à la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *RCDIP*, vol. 100, n° 3, 2011, p.499.
- Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, JO n°264 du 15 novembre 2006, p.17113.
- **CORNELOUP S.**, « Note sous Loi numéro 2006-1376 du 14 novembre 2006, loi relative au contrôle de la validité des mariages, Journal officiel numéro 264 du 15 novembre 2006, page 17113 », *RCDIP*, 1^{er} janvier 2007, p.225.
- **LARRIBAU-TERNEYRE V.**, « Conformité à la constitution de la loi sur le contrôle de la validité des mariages », *Dr. fam.*, n°1, janvier 2007, comm. 1, p.30.
- Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO n°170 du 25 juillet 2006, p.11066.
- **GUIMEZANES N.**, « La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JCP A*, 25 septembre 2006, p.1211.
- **TURPIN D.**, « La loi numéro 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration : choisir pour ne plus subir ? Note sous Loi numéro 2006-911 du 24 juillet 2006, loi relative à l'immigration et à l'intégration, Journal officiel numéro 170 du 25 juillet 2006, page 11047 », *RCDIP*, 1^{er} janvier 2007, p.1.

- Loi n°2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi numéro 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JO n°286 du 11 décembre 2003, p.21080.
- **CHETAIL V.**, « La réforme française de l'asile : prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés », *JDI*, 1^{er} juillet 2004, p.817.
- **GUIMEZANES N.**, « Le droit d'asile. Loi n°2003-1176 du 10 décembre 2003 », *JCP G*, 14 janvier 2004, p.57.
- **PUTMAN E.**, « Le droit d'asile est réformé par la loi du 10 décembre 2003 », *RJPF*, 1^{er} avril 2004, p.10.
- Loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO n°274 du 27 novembre 2003, p.20136.
- **BELLIVIER F.**, « Immigration. Séjour. Nationalité », *RTD civ.*, 2004, p.148.
- **CORNELOUP S.**, « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, p.207.
- Loi n°93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le code civil (Loi dite « Loi Pasqua »), JO du 1^{er} janvier 1994, n°1, p.11.
- **GUIMEZANES N.**, « Dernières précisions relatives à la maîtrise de l'immigration », *JCP G*, 26 janvier 1994, p.1.

2- Décrets

- Décret n°2008-1115 du 30 octobre 2008 relatif à la préparation de l'intégration en France des étrangers souhaitant s'y installer durablement, JO n°256 du 1^{er} novembre 2008, p.16689.
- Décret n°2007-371 du 21 mars 2007 relatif au droit de séjour en France des citoyens de l'Union européenne, des ressortissants des autres États parties à l'Espace économique européen et de la Confédération suisse ainsi que des membres de leur famille, JO n°69 du 22 mars 2007, p.5210.
- Décret n°94-211 du 11 mars 1994, réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des ressortissants des États membres de la Communauté européenne bénéficiaires de la libre circulation des personnes, JO n°61 du 13 mars 1994, p.3989.

3- Circulaires

- Circulaire n°NOR IMIM 1000116C du ministre de l'immigration, de l'intégration, de

l'identité nationale et du développement solidaire sur les conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres États parties de l'Espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que des membres de leur famille, Paris, le 10 septembre 2010, non publiée.

IV- JURISPRUDENCES

A- Cour Internationale de Justice, Cour Permanente de Justice Internationale

- CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, *Rec.* 1955, p.4 et s.
 - **BASTID S.**, « L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de justice », *RCDIP*, 1956, p.607.
 - **COMBACAU J.**, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité en droit international », in *Droit international et nationalité, Colloque SFDI de Poitiers*, Paris, Pedone, 2012, p.93.
- CPJI, avis consultatif du 21 février 1925, sur l'Echange des populations grecques et turques, *Rec.*, série B n°10, p.19.
- CPJI, 15 septembre 1923, *Avis sur la question de l'acquisition de la nationalité polonaise*, *Rec.*, série B, n°7, p.16.
- CPIJ, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en haute-Silésie polonaise (fond)*, Série A, n°7, p.70.
- CPJI, 7 février 1923, *Avis consultatif sur les décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, *Rec.*, série B, n°4, 1923, p.24.

B- Conseil de l'Europe

1- Commission européenne des droits de l'Homme

- Comm. EDH, 3 décembre 1997, *Klip and Krüger c. The Netherlands*, n°33257/96.
- Comm. EDH, 16 octobre 1996, *Sanders c. France*, n°3140/96,
- Comm. EDH, 15 décembre 1977, n°804/77.

2- Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n°30696/09.
 - **BENOIT-ROHMER F.**, « L'Union et la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDE*, 2012, p.384.
 - **DE MONTECLER M.-C.**, « Le règlement « Dublin » face à la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2011, p.138.
 - **HERVIEU N.**, « Droit des étrangers (Art. 3 et 13 CEDH) : Conventionnalité de la procédure de réadmission –Dublin II’ dans son application aux demandeurs d’asile renvoyés vers la Grèce », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 janvier 2011.
 - **MARMIN S.**, « Interdiction des traitements inhumains ou dégradants ; Note sous Cour européenne des droits de l’homme, Grande chambre 21 janvier 2011, M.S.S. contre Belgique et Grèce, requête numéro 30696/09 », *JDI*, 2012, p.1068.
 - **RAUX C.**, « La politique d’asile de l’Union européenne dans le viseur de la cour européenne des droits de l’Homme », *RTDH*, 2011, p.1023.
- CEDH, 14 décembre 2010, *O Donoghue et autres c. Royaume- Uni*. n°34848/07.
 - **HAUSER J.**, « La lutte contre les mariages fictifs ; Note sous Cour européenne des droits de l’homme, 14 décembre 2010, O’Donoghue e.a. contre Royaume Uni, arrêt numéro 34848/07 », *RTD civ.*, 2011, p.327.
 - **HERVIEU N.**, « Encadrement conventionnel des dispositifs de lutte contre les –mariages blancs” », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 décembre 2010.
 - **LACHAL D.**, « Système discriminatoire de certificat d’agrément préalable au mariage des ressortissants étrangers ; Note sous Cour européenne des droits de l’homme, quatrième section, 14 décembre 2010, O’Donoghue et autre contre Royaume-Uni, requête numéro 34848/07 », *JDI*, 2011, p.1361.
 - **PICHERAL C.**, « Mariages blancs et droit au mariage », *JCP G*, 2010, p.2451.
 - **SUDRE F.**, « Droit de la Convention européenne des droits de l’homme », *JCP G*, 2011, p.182.
- CEDH, 2 décembre 2010, *B. A. c. France*, n°14951/09.
 - **HERVIEU N.**, « Droit des étrangers (Art.2 et 3 CEDH) : Expulsion de France d’un déserteur tchadien et statut d’opposant politique », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 décembre 2010.

- CEDH, 22 juillet 2010, *A.A. c. Grèce*, n°12186/08.
 - **HERVIEU N.**, « Grèce : degré zéro du respect du droit d’asile (CEDH 22 juillet 2010, A.A. c. Grèce), in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 juillet 2010.
- CEDH, 20 juillet 2010, *N. c. Suède*, n°23505/09.
 - **HERVIEU N.**, « Obstacle à une expulsion et condition de la femme en Afghanistan », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 juillet 2010.
- CEDH, 6 juillet 2010, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, n°24027/07, 11949/08 et 36742/08.
 - **HERVIEU N.**, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 juillet 2010.
- CEDH, 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grèce*, n°8256/07.
 - **HERVIEU N.**, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 novembre 2009.
- CEDH, 11 juin 2009, *S.D. c. Grèce*, n°53541/07.
 - **HERVIEU N.**, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 30 juin 2009.
- CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, n°45036/98.
 - **SZYMCZAK D.**, « La Cour européenne des droits de l’homme et le contrôle des actes d’application du droit communautaire – Observations sous l’arrêt Bosphorus Hava du 30 juin 2005 », *JCP A*, n°37, 12 Septembre 2005, p.1311.
- CEDH, 23 janvier 2002, *Slivenko et autres c/ Lettonie*, n°48321/99.
 - **WECKEL P.**, *RGDIP*, 2002, p.449.
- CEDH, 10 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, n°24833/94 ;
 - **COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F.**, « À propos de l’arrêt Matthews c/Royaume-Uni », *RTDE*, octobre-décembre 1999, n°35, p.637.
 - **GORI G. et F. KAUFF-GAZIN F.**, « L’arrêt Matthews : une protection globale des droits de l’homme par une vision réductrice de l’ordre juridique communautaire ? », *Europe*, 2000, chron. 1.
 - **KAISER M.**, « Le droit à des élections libres... L’application timide d’une disposition ambitieuse », in *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.435.

- CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, n°12313/86.

C- Cour de justice des Communautés européennes, Cour de justice de l'Union européenne

- CJUE, 12 mars 2014, *S. contre Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contre G.*, aff. C-457/12, non encore publié au Recueil.
 - **BERLIN D.**, « Mieux vaut être parent d'un travailleur que d'un citoyen ! », *JCP G*, 2014, n°13, p.622.
 - **GKEGKA M. et REVEILLÈRE V.**, « Précisions juridictionnelles sur l'octroi d'un droit de séjour aux ressortissants de pays tiers dans l'État membre d'origine du citoyen européen avec lequel ils nouent un lien familial, La revue des droits de l'homme », *Actualités Droits-Libertés*, 1^{er} avril 2014, <http://revdh.revues.org/639>
 - **RIGAUX A.**, « Droit de séjour dérivé des ressortissants d'États tiers, *Europe* 2014, Mai, Com. n° 5, p.27.
- CJUE, 12 mars 2014, *O. contre Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contre B.*, aff. C-456/12, non encore publié au Recueil.
 - **GKEGKA M. et REVEILLÈRE V.**, Précisions juridictionnelles sur l'octroi d'un droit de séjour aux ressortissants de pays tiers dans l'État membre d'origine du citoyen européen avec lequel ils nouent un lien familial, La revue des droits de l'homme, *Actualités Droits-Libertés*, 1^{er} avril 2014, <http://revdh.revues.org/639>
 - **RIGAUX A.**, Droit de séjour dérivé des ressortissants d'États tiers, *Europe*, 2014, Mai, Com. n°5, p.27.
- CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakite/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-285/112, non encore publié au Recueil.
- CJUE, 14 novembre 2013, *Bundesrepublik Deutschland contre Kaveh Puid*, aff. C-4/11, non encore publié au Recueil.
 - **BRIERE C.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt —Puid», *RDUE*, 2014, n° 1 p.145.
 - **GAZIN F.**, « État responsable du traitement de la demande d'asile », *Europe*, 2014, janvier, Comm. n° 1, p.26.

- CJUE, 7 novembre 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel contre X (C-199/12) et Y (C-200/12) et Z (C-201/12) contre Minister voor Immigratie en Asiel*, aff. jointes C-199/12 à 201/12, non encore publié au Recueil.
 - **DEFOSSEZ A.**, « Arrêt –X, Y et Z–: les homosexuels persécutés dans leur pays d’origine peuvent-ils bénéficier du statut de «réfugié» ? », *JDE*, 2014, n°206, p.5.
 - **SIMON D.**, « Persécution à raison de l’orientation sexuelle », *Europe*, 2014, janvier, Com. n°1, p.27.
- CJUE, 10 octobre 2013, *Adzo Domenyo Alokpa, Jarel Mondoulou, Eja Mondoulou/Ministre du Travail, de l’Emploi et de l’Immigration Alokpa et Maudoulou*, aff. C-86/12, non encore publié au Recueil.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et CASSAGNABERE H.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Ascendant d’un enfant né dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité et n’ayant pas fait usage de son droit de libre circulation », *AJDA*, 2013 p.2307.
 - **RIGAUX A.**, « Regroupement familial », *Europe*, 2013, Décembre, Comm. n°12, p.18.
- CJUE, 6 juin 2013, *The Queen, à la demande de MA et autres contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-648/11, non encore publié au Recueil.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et CASSAGNABERE H.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Un État membre peut toujours examiner la demande d’asile qui lui est présentée, même s’il n’est pas désigné comme l’État responsable de cette demande en vertu des critères du règlement n° 343/2003. Dans le processus de détermination de l’État responsable, l’État sur le territoire duquel se trouve le demandeur n’a pas l’obligation de solliciter l’avis du HCR (1re affaire). La Cour précise les règles de détermination de l’État responsable de l’examen d’une demande de mineur non accompagné (2e affaire) », *AJDA*, 2013 p.1688.
 - **GAZIN F.**, « État responsable du traitement de demandes d’asile de mineurs non accompagnés. L’intérêt supérieur de l’enfant prime sur les critères habituels de détermination d’un État responsable d’une demande d’asile en cas de dépôts de demandes multiples et commande une interprétation finaliste de l’article 6 du règlement Dublin II », *Europe*, 2013, Août, Comm. n°8-9, p.23.
- CJUE, 8 mai 2013, *Kreshnik Ymeraga et autres contre Ministre du Travail, de l’Emploi et de l’Immigration*, aff. C-87/12, non encore publié au Recueil.
 - **PICOD F.**, « Le refus de regroupement familial n’affecte en principe pas l’essentiel », *JCP G*, 2013, n° 21, p.999.
 - **RIGAUX A.**, « Regroupement familial. La Cour confirme son interprétation restrictive du champ d’application et l’étendue du droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens de l’Union, tant

au regard des dispositions des directives 2003/86/CE et 2004/38/CE qu'à celles de l'article 20 TFUE », *Europe*, 2013, Juillet, Comm. n°7, p.25.

- CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S. contre Maahanmuuttovirasto (C-356/11) et Maahanmuuttovirasto contre L. (C-357/11)*, aff. C-356/11 et 357/11, non encore publié au Recueil.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et CASSAGNABERE H.**, Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union - Droit de séjour dérivé des ressortissants de pays tiers », *AJDA*, 2013, p.335.
 - **CARLIER J.-Y.**, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013, n°197, p.103.
 - **HAUSER J.**, « L'éclatement des familles et le regroupement familial, *RTD civ.*, 2013, p.101.
 - **RIGAUX A.**, « Regroupement familial. En matière de citoyenneté européenne, décidément, « rien n'est simple, tout se complique » : des implications de l'article 20 TFUE sur le droit au regroupement familial dans des familles (très) recomposées, *Europe*, 2013, Février, Comm. n°2, p.14.
- CJUE, 5 décembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland contre Y (C-71/11) et Z (C-99/11)*, aff. jointes C-71/11 et C-99/11, non encore publié au Recueil.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et CASSAGNABERE H.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. La Cour interprète la directive 2004/83/CE au regard des craintes de persécution pour un motif religieux. 1°) Toute atteinte à la liberté de religion n'est pas un acte de persécution au sens de la directive ; 2°) L'existence d'un tel acte peut résulter d'une atteinte à la manifestation extérieure de la liberté de religion ; 3°) Il revient à l'autorité responsable de l'examen de la demande d'asile de fonder son appréciation du risque personnel encouru par l'intéressé in concreto sur la base d'éléments tant objectifs que subjectifs ; 4°) La circonstance que le demandeur pourrait, de retour dans son pays d'origine, limiter le risque invoqué en renonçant à certains actes religieux ne saurait être prise en compte », *AJDA*, 2012, p.2271.
 - **CARLIER J.-Y.**, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013, n°197, p.103.
 - **GAZIN F.**, « Persécutions religieuses », *Europe*, 2012, Novembre, Comm. n°11, p.23.
- CJUE, 27 sept. 2012, *Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) contre Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, aff. non encore publié au Recueil.
 - **AUBIN E.**, « Le Conseil d'État et l'accueil des étrangers en attente de réadmission », *AJDA*, 2014, p.1049.

- **BASILIEU-GAINCHE M.-L.**, « Obligations d'octroi des conditions minimales d'accueil aux demandeurs d'asile –dublinés” » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 octobre 2012.
- **BOUTAYEB C.**, « L'obligation pour les États membres de l'Union d'accorder des conditions minimales d'accueil aux demandeurs d'asile –dublinés”, *RDSS*, 2013 p.73.
- **CARLIER J.-Y.**, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne, *JDE*, 2013 n°197 p.103.
- **SIMON D.**, « Conditions minimales d'accueil », *Europe*, 2012, Novembre, Comm. n°11, p.22.
- CJUE, 22 mai 2012, *P. I. contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, non encore publié au Recueil.
 - **BENLOLO-CARABOT M.**, « Liberté de circulation des citoyens européens : –Raisons impérieuses de sécurité publique”, protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité, et justice », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 1^{er} juin 2012.
 - **CARLIER J.-Y.**, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013, n° 197, p.103.
 - **GRAND R.**, « Raison impérieuse justifiant l'éloignement d'un ressortissant de l'Union européenne », *AJDA*, 2012 p.1034.
 - **LABAYLE H.**, « Le chaînon manquant : quand la Cour de justice établit le lien entre citoyenneté de l'Union, sécurité publique et Espace de liberté », <http://www.gdr-elsj.eu/en/2012/05/28/elsj-en-2/la-chainon-manquant-quand-la-cour-de-justice-etablit-le-lien-entre-citoyennete-de-lunion-securite-publique-et-espace-de-liberte-2/>
 - **PICOD F.**, « Eloignement d'un citoyen de l'UE consécutif à des viols répétés sur mineur », *JCP G*, 2012, n° 22, p.1060.
 - **RIGAUX A.**, « Mesure d'éloignement, sécurité publique et libre circulation des personnes », *Europe*, 2012, Mai, Comm. n° 7, p.269.
- CJUE, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci (C-7/10) et Osman Inan (C-9/10)*, aff. C-7/10 et C-9/10, non encore publié au Recueil.
 - **CARLIER J.-Y.**, « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013 n° 197 p.103.
 - **MICHEL V.**, « Accord d'association UE-Turquie et double nationalité », *Europe*, 2012, Mai, Comm. n° 5, p.190.

- **PATAUT E.**, « Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci, Osman Inan*, affaires C-7/10 et C-9/10 », *RCDIP*, 2012-4, p.917.
- CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, *Rec.*, p. I-13905
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Asile, confiance mutuelle entre membres et droits fondamentaux », *AJDA*, 2012, p.309.
 - **BASILIE-GAINCHE M.-L.**, « Les gens de Dublin ont des droits : la qualification de pays d'origine sûr appliquée aux États membres de l'Union est une présomption réfragable », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 décembre 2011.
 - **GAZIN F.**, « Du bon emploi du règlement « Dublin II » sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire NS du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *Europe*, Mai, 2012, Études n° 3, p.9.
 - **MATTERA A.**, « Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne », *RDUE*, 2012, n° 1, p.121.
- CJUE, 8 décembre 2011, *Nural Ziebell contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-371/08, *Rec.*, p. I-12735.
 - **MICHEL V.**, « Différenciation nette du citoyen européen et du ressortissant d'État tiers associé », *Europe*, 2012, Février, Comm. n° 2, p.26.
- CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11, *Rec.*, p. I-12695.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Directive Retour et peine d'emprisonnement », *AJDA*, 2012, p.310.
 - **BERTRAND B.**, « La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau », *RAE*, 2011, p.845.
 - **HENRIOT P.**, « Garde à vue et séjour irrégulier : les enseignements de l'arrêt Achughbabian sont limpides... », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 43-45, Jur., p.17.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Politique des retours », *Europe*, 2012, Février, Comm. n° 2, p.21.
 - **LEVADE A.**, « Incompatibilité partielle de la loi française avec la directive «retour» : priorité à l'effet utile ! », *JCP G*, 2012, n° 8, p.377.

- **PICOD F.**, « Non-conformité de la loi française par rapport à la directive « retour », *JCP G*, 2011, n° 51, p.2527.
- **SLAMA S.**, « La Cour de justice consacre l’ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme au droit de l’Union européenne selon la phase de la procédure de retour », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 7 décembre 2011.
- CJUE, 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov contre Director na Glavna direktsia “Ohranitelna politsia” pri Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. C-430/10, *Rec.*, p. I- 11637.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT E.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Libre circulation des citoyens de l’Union », *AJDA*, 2012, p.307.
 - **CAVALLINI J.**, « Interdiction de sortie du territoire, motifs d’ordre public et considérations économiques », *JCP S*, 2012, n° 8, p.28.
 - **MICHEL V.**, « Recours juridictionnel effectif », *Europe*, 2012, Janvier, Comm. n° 1, p.24.
- CJUE, 17 novembre 2011, *Petar Aladzhov contre Zamestnik director na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti*, aff. C- 434/10, *Rec.*, p. I- 11659.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT E.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Libre circulation des citoyens de l’Union », *AJDA*, 2012, p.307.
 - **LARCHE M.**, « Ordre public », *Europe*, 2012, Janvier, Comm. n° 1, p.23.
- CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, *Rec.*, p. I-03375.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l’Union et situation purement interne », *AJDA*, 2011 p.1614.
 - **BENLOLO-CARABOT M.**, « La ”jouissance effective de l’essentiel des droits” attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l’Union? », *RAE*, 2011, p.443.
 - **BRODIER H.**, « De la reconnaissance d’un droit de séjour aux ressortissants d’États tiers, membres de la famille d’un citoyen européen –sédentaire” ? Applicabilité du droit de l’Union et étendue de la protection accordée », *L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique*, 2011, n° 35, p.2.
 - **CAVALLINI J.**, « Inapplicabilité du droit de l’Union aux situations purement internes », *JCP S*, 2011, n° 30, p.18.
 - **DONNAT F.**, « Chronique annuelle 2011 de jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne. Citoyenneté de l’Union et situation purement interne », *RAE*, 2011, p.443.

- RJEP*, 2012, n°699, p.10.
- **HENNION S.**, « L'effectivité des droits conférés par la citoyenneté européenne », *JCP G*, 2011, n°27, p.1326.
 - **HEYMANN J.**, « Cour de justice de l'Union européenne. - C-34/09 et C-434/09. 8 mars 2011 et 5 mai 2011 », *RCDIP*, 2012, p.352.
 - **MARTIN D.**, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, p.339.
 - **PICOD F.**, « Absence de droit de séjour du conjoint d'un citoyen de l'Union qui n'a pas exercé la libre circulation », *JCP G*, 2011, n° 20, p.986.
 - **RIGAUX A.**, « Droit au rapprochement familial », *Europe*, 2011, Juillet, Comm. n° 7, p.15.
- CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres contre Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, *Rec.*, p. p. I-11315.
 - **AUBERT M., BROUSSY E.MMANUELLE et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union et situations purement internes », *AJDA*, 2012, p.306.
 - **BRIERE C.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt –Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres” », *RDUE*, 2011, n° 4, p.731.
 - **MARTIN D.**, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, p.339.
 - **RIGAUX A.**, « Rapprochement familial et citoyenneté de l'Union », *Europe*, 2012, Janvier, Comm. n° 1, p.7.
 - CJUE, 16 juin 2011, *Fatma Pehlivan contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-484/07, *Rec.*, p. I-05203.
 - **MICHEL V.**, « Accord d'association CE/Turquie. La Cour précise les pouvoirs des États pour réglementer le séjour des travailleurs turcs admis sur le territoire national au titre du regroupement familial ainsi que la condition de résidence régulière auprès du travailleur turc », *Europe*, 2011, Août-Sept., Comm. n° 8-9, p.23.
 - CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-01177.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2011, p.1007.
 - **BOUTAYEB C. et RACCAH A.**, « Le bénéfice du regroupement familial élargi aux parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union », *RDSS*, 2011, p.449.

- **BRODIER H.**, « De la reconnaissance d'un droit de séjour aux ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen européen –sédentaire ” ? Applicabilité du droit de l'Union et étendue de la protection accordée », *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 2011, n° 35, p.2.
 - **CAVALLINI J.**, « Portée de la citoyenneté européenne », *JCP S*, 2011, n° 16-17, p.25.
 - **CORNELOUP S.**, « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *D.*, 2011 p.1325.
 - **DITTERT D.**, « Les droits des citoyens de l'Union: vers un statut détaché de tout élément transfrontalier ? », *RAE*, 2011, p.223.
 - **DONNAT F.**, « Chronique annuelle 2011 de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Citoyenneté de l'Union et situation purement interne », *RJEP*, 2012, n° 699, p.10.
 - **GRAND R.**, « Consécration d'un droit de séjour européen indépendant de la libre circulation », *AJDA*, 2011, p.479.
 - **HOUSER M.**, « De la lutte contre les discriminations à rebours à la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne. Le pas est presque franchi, mais... », *AJDA*, 2011, p.1084.
 - **HEYMANN J.**, « Cour de justice de l'Union européenne. - C-34/09 et C-434/09. 8 mars 2011 et 5 mai 2011 », *RCDIP*, 2012, p.352.
 - **MARTIN D.**, « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de justice et les situations internes à un État membre : vive la révolution ? », *RJS*, 2011, p.450.
 - **MARTIN D.**, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *RDT*, 2012, p.339.
 - **PICOD F.**, « Reconnaissance d'un droit de séjour à un ressortissant colombien père de deux enfants devenus citoyens de l'Union », *JCP G*, 2011, n° 11-12, p.543.
 - **RIGAUX A.**, « Article 20 TFUE », *Europe*, 2011, Mai, Comm. n° 5, p.12.
- CJUE, 23 novembre 2010, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, aff. C-145/09, *Rec.*, p. I-11979.
- **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F.**, Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyen de l'Union - Eloignement du territoire », *AJDA*, 2011, n° 5, p.265.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Libre circulation des personnes. Ordre public », *Europe*, 2011, Janvier, Comm. n° 1, p.14.

- CJUE, 17 juin 2010, *Nawras Bolbol contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, aff. C-31/09, *Rec.*, p. I-05539.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Demande d'un statut de réfugié », *Europe*, 2010, Août-Septembre, Comm. n° 269, p.14.
- CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group Srl contre Comune di Carbognano*, aff. C-384/08, *Rec.*, p. I-02055.
 - **FALLON M.**, « Liberté d'établissement », *JDI*, 2011, p.539.
 - **RIGAUX A.**, « Situations purement internes », *Europe*, 2010, Mai, Comm. n° 166, p.26.
- CJUE, 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun contre Minister van Buitenlandse Zaken*, aff. C-578/08, *Rec.*, p. I-01839.
 - **DRIGUEZ L.**, « Conditions du regroupement familial des ressortissants d'États tiers », *Europe*, 2010, Mai, Comm. n° 163, p.24.
- CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann contre Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, *Rec.*, p. I-01449.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence communautaire. Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2010, p.937.
 - **BURRI T. et PIRKER B.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt –Rottmann c. Freistaat Bayern ” », *RDUE*, 2010, n° 3, p.651.
 - **CARIAT N.**, « Le retrait de nationalité au regard du droit européen et international », *JDE*, 2010, n° 172, p.245.
 - **DERO-BUGNY D.**, « Citoyenneté de l'Union », *JDI*, 2011, p.48.
- CJUE, 2 mars 2010, *Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08) et Dler Jamal (C-179/08) contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. jointe C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Rec.*, p. I-01493.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Perte du statut de réfugié », *Europe*, 2010, Mai, Comm. n° 162, p.23.
- CJUE, 28 avril 2010, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, aff. C- 61/11 PPU, *Rec.*, p. I-03015.
 - **ANDREINI O.**, « Quand la CJUE s'immisce dans le droit pénal des étrangers », *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 2011, n° 35, p.28.
 - **AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Directive Retour et peine d'emprisonnement », *AJDA*, 2011, p.1617.

- **GALOO D.**, « La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause », *RAE*, 2011, p.433.
- **KAUFF-GAZIN F.**, « La directive « retour » au secours des étrangers ? : de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011 », *Europe*, 2011, Juin, Études n° 6, p.10.
- **LEBOEUF L.**, « La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi », *Rev. dr. étr.*, 2011, p.181.
- **MURPHY C.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « El Dridi » », *RDUE*, 2011, n° 3, p.467.
- **PARROT K.**, « Un étranger ne commet pas un délit du seul fait qu'il se trouve en situation irrégulière », *RCDIP*, 2011, p.824.
- **POISSONNIER G.**, « Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant », *D.*, 2011, p.1880.
- CJCE, 11 avril 2000, *Arben Kaba contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-356/98, *Rec.*, p. I-02623.
 - **IDOT L.**, *Europe*, 2000, Juin, Comm. n° 171. p.14.
 - **ILIOPOULOU A. et CLEMENT-WILZ L.**, « La résistance des acteurs d'une procédure préjudicielle en matière de libre circulation des personnes. Observations sur les affaires Arben Kaba », *CDE*, 2004, p.727.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence de Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2001, p.631.
- CJUE, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, aff. C-357/09 PPU, *Rec.*, p. I-11189.
 - **IDOT L.**, « Première interprétation de la directive «retour» », *Europe*, 2010, Janvier, Comm. n° 19, p.22.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Pas de rétention sans procédure d'éloignement et pas d'expulsion sans réadmission: comment le droit européen engendre des situations insolubles ... A propos de l'affaire Kadzoev rendue par la Cour de justice des Communautés européennes du 30 novembre 2009, C-357/09 PPU », *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 2010, n° 31, p.2.
 - **LUTZ F.**, « L'arrêt «Kadzoev»: un premier test pour la directive «Retour» », *RDUE*, 2010, n° 2, p.331.
- CJCE, 22 octobre 2009, *María Julia Zurita García (C-261/08) et Aurelio Choque Cabrera (C-348/08) contre Delegado del Gobierno en la Región de Murcia*, aff. jointes C-261/08 et C-348/08, *Rec.*, p. I-10143.
 - **AUBERT M., BROUSSY M et DONNAT F.**, « Chronique de jurisprudence

- communautaire - Étrangers - Expulsion des ressortissants des pays tiers », *AJDA*, 2010, p.253.
- **MEISTER M.**, « Expulsion de ressortissants d'États tiers », *Europe*, 2010, Janvier, Comm. n° 18, p.21.
 - CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, aff. C-123/08, Rec., p. I-09621.
 - CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. C-219/08, Rec., p. I-09213.
 - CJCE, 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi contre Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi*, aff. C-168/08, Rec., p. I-06871.
 - CJUE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) contre Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, aff. jointes C-22 et C-23/08, Rec., p. I-04585.
 - **BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C.**, « Chronique de jurisprudence communautaire. Citoyenneté européenne - Libre circulation des travailleurs », *AJDA*, 2009, p.1538.
 - **CAVALLINI J.**, « Recherche d'emploi et accès aux aides sociales », *JCP S*, 2009, n° 1325, p.34.
 - **LHERNOULD J.-P.**, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2009, p.738.
 - **SIMON D.**, « Droit aux prestations en faveur des demandeurs d'emploi », *Europe*, 2009, Août-Septembre, Comm. n° 306, p.22.
 - CJUE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, Rec., p. I-00921.
 - **BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C.**, « Chronique de jurisprudence communautaire. Réfugiés, menace individuelle et conflit armé », *AJDA*, 2009, p.980.
 - **DAUTRICOURT C.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt –Elgafaji» », *RDUE*, 2009, n° 2, p.338.
 - **D'HUART P.**, « concept de conflit armé interne ou international de l'article 15, point c, de la directive. 2004/83/CE : une référence au droit international humanitaire ? », *Rev. dr. étr.*, 2012, p.238.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Protection communautaire subsidiaire accordée aux réfugiés », *Europe*, 2009, Avril, Comm. n° 155, p.17.
 - CJCE, 29 janvier 2009, *Migrationsverket contre Edgar Petrosian e.a.*, aff. C-19/08, Rec., p. I-00495.

- **KAUFF-GAZIN F.**, « Procédure du transfert du demandeur d’asile », *Europe*, 2009, Mars, Comm. n° 121, p.11.
- CJCE, 14 octobre 2008, *Procédure engagée par Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec.*, p. I-07639.
 - **BOULANGER F.**, « Le nom de l’enfant, prérogative individuelle dans un contexte international », *D.*, 2009, p.845.
 - **BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C.**, « Chronique de jurisprudence communautaire. Libre circulation des personnes et état civil », *AJDA*, 2008, p.2331.
 - **CHALTIEL F., BERR C.J., FRANCO S. et PRIETO C.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 2009, p.645.
 - **D’AVOUT L.**, « note sous CJCE 14 octobre 2008 *Grunkin et Paul* », *JDI*, 2009, p.203.
 - **DEVERS A.**, « Non-reconnaissance dans l’État membre dont il est ressortissant du nom acquis par l’enfant dans son État de naissance et de résidence », *JCP G*, 2008, II 10071, p.36
 - **IDOT L.**, « Nationalité et attribution du nom », *Europe*, 2008, Décembre, Comm. n° 431, p.28
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Liberté de circulation et nom patronymique », *Europe*, 2008, Décembre, Comm. n° 397, p.9.
 - **LAGARDE P.**, « note sous CJCE 14 octobre 2008 *Grunkin et Paul* », *RCDIP*, 2009, p.80.
- CJCE, 25 juillet 2008, *Blaise Baheten Metock et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-127/08, *Rec.*, p. I-06241.
 - **ALCARAZ H.**, « Droit d’entrée et de séjour d’un ressortissant tiers ayant des liens de parenté avec un citoyen de l’Union », *AJDA*, 2009, p.323.
 - **BERNARD E.**, « Procédure accélérée et condition d’urgence », *Europe*, 2008, Juin, Comm. n° 177, p.13.
 - **CAVALLINI J.**, « Conditions d’exercice du droit au regroupement familial », *JCP S*, 2008, n° 1593, p.16.
 - **CHALTIEL F., BERR C. J., FRANCO S. et PRIETO C.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 2009, p.680.
 - **DAUTRICOURT C.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt –Metock– », *RDUE*, 2008, n° 4, p.858.

- **HAMMAMOUN S. et NEUWAHL N.**, « Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 (CJCE, affaire Metock, C-127/08) », *RTDE*, 2009, p.91.
- **JAUME A.**, « Arrêt "Metock": le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *JDE*, 2008, n° 153, p.271.
- CJCE, 10 juillet 2008, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București contre Gheorghe Jipa*, aff. C-33/07, *Rec.*, p. I-05157.
 - **CHALTIEL F., BERR C. J., FRANCO S. et PRIETO C.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 2009, p.646.
 - **MICHEL V.**, « Séjour irrégulier et interdiction ultérieure de sortie du territoire: comment concilier liberté de circulation et protection de l'ordre public? », *Europe*, 2008, Octobre, Comm. n° 313, p.22.
- CJCE, ordonnance, 19 juin 2008, *Marc André Kurt contre Bürgermeister der Stadt Wels*, aff. C-104/08, *Rec.*, p. I-00097.
 - **RIGAUX A.**, « Activités des auto-écoles et situations purement internes », *Europe*, 2008, Août-Septembre, Comm. n° 265, p.19.
- CJCE, 6 mai 2008, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-133/06, *Rec.*, 2008, p. I-03189.
 - **MASSON A.**, « Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l'arrêt du 6 mai 2006 », *CDE*, 2008, p.157.
- CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, *Rec.*, p. I-01683
 - **ICARD P.** « La primauté de l'usage du droit à circuler sur la qualité de citoyen européen », *D.*, 2008, p.1655.
 - **DAUTRICOURT C.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon contre Gouvernement flamand », *RDUE*, 2008, n° 3, p.603.
 - **DRIGUEZ L.**, « Conditions d'accès à un régime de protection sociale et liberté de circulation », *Europe*, 2008, Juin, Comm. n° 182, p.15.
- CJCE, 24 janvier 2008, *The Queen, à la demande de Ezgi Payir, Burhan Akyuz et Birol Ozturk contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 294/06, *Rec.*, p. I-00203.
 - **IDOT L.**, « Accord d'association avec la Turquie », *Europe*, 2008, Mars, Comm. n° 87, p.17.

- **KESSLER F.**, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2008, p.501.
- CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne(Passeports)*, aff. C-137/05, *Rec.*, p. I-11593.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Coopérations renforcées et participation du Royaume-Uni », *Europe*, 2008, Février, Comm. n° 36, p.14.
- CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne(Frontex)*, aff. C-77/05, *Rec.*, p. I-11459.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Coopérations renforcées et participation du Royaume-Uni », *Europe*, 2008, Février, Comm. n° 36, p.14.
- CJCE, 11 décembre 2007, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contre R. N. G. Eind*, aff. C-291/05, *Rec.* p. I-10719.
 - **CAVALLINI J.**, « Droit d'entrée et de séjour des membres de la famille d'un travailleur communautaire retournant dans son pays d'origine », *JCP S*, 2008, n° 1132, p.14.
 - **COUTTS S.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. –Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie” contre –R.N.G. Eind” », *RDUE*, 2008 n° 1 p.167.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Droit de séjour des descendants de citoyen européen », *Europe*, 2008, Février, Comm. n° 37, p.15.
- CJCE, 9 janvier 2007, *Yunying Jia contre Migrationsverket*, aff. C-1/05, *Rec.*, p. I-00001.
 - **BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C.**, « Droit de séjour et immigration », *AJDA*, 2007, p.295.
 - **CAVALLINI J.**, « Condition de résidence légale préalable dans un État membre et droit d'entrée et de séjour des membres de la famille d'un citoyen européen », *JCP S*, 2007, n° 1133, p.20.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Droit de séjour de l'ascendant à charge, membre de la famille du ressortissant communautaire », *Europe*, 2007, Mars, Comm. n° 86, p.14.
- CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.*, p. I-07917.
 - **BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C.**, « Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2006, p.2271.
 - **BURGORGUE-LARSEN L.**, « L'identité de l'Union européenne au coeur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut et Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne (CJCE 12 septembre 2006, aff. C-145/04, Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) », *RTDE*, 2007, p.25.

- **CHALTIEL F.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Institution et ordre juridique communautaire », *JDI*, 2007, p.612.
- **DAWES A.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. –Royaume d’Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord” et –Eman et Sevinger c. College van burgmeester en wethouders van Den Haag” », *RDUE*, 2006, n° 3, p.707.
- **FRANCQ S.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2007, p.650.
- **JACQUE J.-P.**, « L’affaire Matthews (suite et fin) », *L’Europe des libertés*, 2006, n°21, p.2.
- CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l’Union européenne*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-05769.
 - **BRODIER H.**, « Premier visa pour la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne dans l’arrêt de la CJCE validant la directive relative au droit au regroupement familial (À propos de l’arrêt du 27 juin 2006, Parlement européen c. Conseil de l’Union européenne) », *L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique*, 2006, n°21, p.9.
 - **BURGORGUE-LARSEN L.**, « L’apparition de la Charte des droits fondamentaux de l’Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », *AJDA*, 2006, p.2286.
 - **FRANCQ S.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, p.636.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Exercice du droit au regroupement familial », *Europe*, 2006, Août-Septembre, Comm. n° 236, p.13.
 - **MARTIN D.**, « La Cour de justice et le droit au regroupement familial: trop ou trop peu! », *RTDH*, 2008, p.595.
 - **MASSON B.**, « L’harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (Note sous CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l’Union européenne) », *RTDE*, 2006, p.673.
 - **NOURISSAT C.**, « Quel rôle pour la Charte des Droits fondamentaux en droit communautaire de la concurrence? », *RLC*, 2006, n° 9, p.64.
- CJCE, 31 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d’Espagne*, aff. C-503/03, *Rec.*, p.01097.

- **BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C.**, « Libre circulation des personnes », *AJDA*, 2006, p.1154.
- **MUIR E.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Commission c. Espagne" liste noire du SIS », *RDUE*, 2006, n° 1, p.172.
- **SAAS C.**, « Espace Schengen, liberté de circulation et juge communautaire », *D.*, 2006, Jur., p.1508.
- **MARTIN S.**, « Droit communautaire et dispositif Schengen: incompatibilité concernant le traitement du conjoint du ressortissant communautaire », *RTDE*, 2006, p.568.
- CJCE, 12 juillet 2005, *Egon Schempp contre Finanzamt München V*, aff. C-403/03, *Rec.*, p. I-06421.
 - **KAUFF-GAZIN F.**, « Droits du citoyen et fiscalité directe », *Europe*, 2005, Octobre, n° 319, p.13.
- CJCE, 2 juin 2005, *Georg Dörr contre Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten et Ibrahim Ünal contre Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg*, aff. C-136/03, *Rec.*, p. I-04759.
 - **SIMON D.**, « Ordre public », *Europe*, 2005, Août-Septembre, Comm. n° 290, p.20.
- CJCE, 11 novembre 2004, *Inan Cetinkaya contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-467/02, *Rec.*, p. I-10895.
- CJCE, 21 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec.*, p. I-10191.
 - **IDOT L.**, « Détachement des travailleurs. Qualification de l'exigence impérieuse d'intérêt général », *Europe*, 2004, Décembre, Comm. n° 406, p.19.
 - **LHERNOULD J.-P.**, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2005, p.189.
 - **MEYER F.**, « Droit communautaire du travail », *D.*, 2005, Pan., p.2783.
- CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Dep*, aff. C-200/02, *Rec.*, p. I-09925.
 - **GAUTIER M.**, « Note sous CJCE, 19 octobre 2004, Kunquian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department, aff. C-200/02 », *RAE*, 2003-04, p.673.
 - **KOTSCHY B.**, « Citoyenneté. Arrêt –Bébé Chen” », *RDUE*, 2004, n° 3, p.589.
 - **LUBY M.**, « La citoyenneté européenne: Quand les mots ont enfin un sens! », *LPA*, 2005, n° 94, p.8.

- **SIMON D.**, « Droit de séjour: les tribulations d'une Chinoise et de sa fille au Royaume-Uni. Un enfant ayant la nationalité d'un État membre est un citoyen communautaire bénéficiaire du droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre et sa mère dispose d'un droit de séjour dérivé », *Europe*, 2004 Décembre Comm. n° 401 p.14.
- CJCE, 30 septembre 2004, *Engin Ayaz contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-275/02, *Rec.*, p. I-08765.
- CJCE, 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres (C-482/01) et Raffaele Oliveri (C-493/01) contre Land Baden-Württemberg*, aff. jointes C-482/01 et C-493/01, *Rec.*, p. I-05257.
 - **SIMON D.**, « Portée de l'exception d'ordre public: légalité de l'expulsion de toxicomanes récidivistes? La législation allemande sur l'expulsion des ressortissants d'autres États membres condamnés au titre de la loi sur les stupéfiants n'est pas compatible avec le droit communautaire en raison du caractère pratiquement automatique de l'expulsion et de l'absence de contrôle d'opportunité de la mesure », *Europe*, 2004, Juin, Comm. n° 200, p.21.
- CJCE, 23 mars 2004, *Brian Francis Collins contre Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-138/02, *Rec.*, p. I-02703.
 - **BELORGEY J.-M., GERVASONI S. et LAMBERT C.**, « Le droit des citoyens de l'Union à une allocation de recherche d'emploi », *AJDA*, 2004 p.1084.
 - **CORDIER-FERON L.**, « Une grille de lecture pragmatique de la jurisprudence de la Cour relative à la liberté de circulation des travailleurs », *Gaz. Pal.*, 2005, I Jur., p.40.
 - **IDOT L.**, « Prestations sociales. Retour sur les conséquences de la citoyenneté européenne: le ressortissant communautaire demandeur d'emploi dans un autre État membre peut se prévaloir du principe d'égalité de traitement en matière de prestations sociales », *Europe*, 2004, Mai, Comm. n° 134, p.20.
 - **KESSLER F.**, « Les droits du chômeur ressortissant de l'Union européenne non indemnisé », *RJS*, 2004, p.442.
 - **MUIR E.**, « Statut et droits du demandeur d'emploi-travailleur-citoyen: confusion ou rationalisation? », *RDUE*, 2004, n° 2, p.249.
- CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, *Rec.*, p. I-11613.
 - **AUDIT M.**, « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *D.*, 2004, Jur., p.1476.
 - **HAUSER, J.**, « Personnes et droits de la famille. Nom: il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne! », *RTD civ.*, 2004, p.62.

- **LAGARDE P.**, « Note sous CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02 », *RCDIP*, 2004, p.192.
- **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2004, p.582.
- **POILLOT-PERUZZETTO, S.**, *JDI*, 2004, p.1225.
- CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/01, *Rec.*, p. I-09607.
 - **BELORGEY J.-M., GERVASONI S. et LAMBERT C.**, « Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2004, p.320.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2004, p.580.
 - **PLENDER R.**, « Quo Vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich », *CDE*, 2004, p.261.
 - **SOUSSE M.**, « Etablissement temporaire d'un couple dans un État membre en vue de conférer au conjoint étranger un droit d'entrée et de séjour », *D.*, 2004, Jur., p.1063.
- CJCE, 11 septembre 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) et autres contre Estado português*, aff. C-6/01, *Rec.*, p. I-08621.
 - **IDOT L.**, « Exploitation de jeux. Le régime applicable aux casinos au Portugal est justifié par des exigences impérieuses d'intérêt général », *Europe*, 2003, Novembre, Comm. n° 362, p.28.
- CJCE, 11 avril 2003, *Arben Kaba contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-356/98, *Rec.*, p. I-2623.
- CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec.*, p. I-07091.
 - **AZOULAÏ L.**, « Le statut de citoyen de l'Union à l'époque de la Constitution européenne, Commentaire de l'arrêt Baumbast de la Cour de justice des Communautés européennes », *RAE*, 2001-02, p.1092.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003 p.596.
- CJCE, 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre État belge*, aff. C-459/99, *Rec.*, p. I-06591.
 - **LARDINOIS P.**, « De la logique de l'idée aux principes du droit. Note sous CJCE du 25/07/02 », *Rev. dr. étr.*, 2002, p.448.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003, p.593.

- CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-06279.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003, p.593.
- CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, *Rec.*, p. I-06191.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2003, p.596.
- CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reisch et autres (affaires jointes C-515/99 et C-527/99 à C-540/99) contre Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg et Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Anton Lassacher et autres (affaires jointes C-519/99 à C-524/99 et C-526/99) contre Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg*, aff. C-515/99, C-519/99 à 524/99 et C-256/99 à C-540/99, *Rec.*, p. I-02157.
- CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-06193.
 - **ALEMANNIO A.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt –Rudy Grzelczyk– », *RDUE*, 2001, n° 4, p.1008.
 - **DAVID F.**, « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des États membres », *RTDE*, 2003, p.561.
 - **GAUTIER Y.**, *Europe*, 2001, Novembre, Comm. n° 316, p.5.
 - **ILIOPOULOU A.**, « Commentaire de l'arrêt Grzelczyk », *RAE*, 2002, p.775.
 - **KESSLER F.**, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *RJS*, 2002, p.11.
 - **LHERNOULD J.-P.**, « L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne », *Dr. soc.*, 2001, p.1103.
- CJCE, 20 février 2001, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur, en présence de: Justice*, aff. C-192/99, *Rec.*, p. I-01237.
 - **GAUTIER Y.**, *Europe*, 2001, Avril, Comm. n° 119, p.8.
- CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, *Rec.*, p. I-11569.
 - **SIMON D.**, *Europe*, 2001, Février, Comm. n° 52, p.14.
- CJCE, 5 décembre 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.*, p. I-10663.
 - **BERR C. J.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des

- Communautés européennes », *JDI*, 2001 p.616.
- **POUCHARD D.**, « Une réglementation nationale qui prohibe la commercialisation d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination –emmenthal” est une mesure d’effet équivalant à une restriction quantitative », *JCP G*, 2001, II, 10551.
 - **RIGAUX A.**, *Europe*, 2001, Février, Comm. n° 58, p.17.
- CJCE, 13 janvier 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont.*, aff. C-448/98, *Rec.*, p. I-10663.
- **POUCHARD D.**, « Une réglementation nationale qui prohibe la commercialisation d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination "emmenthal" est une mesure d’effet équivalant à une restriction quantitative », *JCP G*, 2001, II 10551.
 - **RIGAUX A.**, *Europe*, 2001, Février, Comm. n° 58, p.17.
 - **BERR C. J.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2001, p.616.
- CJCE, 11 novembre 1999, *État belge contre Fatna Mesbah*, aff. C-179/98, *Rec.*, p. I-07955.
- **BOCQUILLON F. et KESSLER F.**, « Les personnes handicapées. Europe: le versement d’une allocation pour personne handicapée à un membre de la famille d’un ressortissant de nationalité marocaine », *RDSS*, 2000, p.188.
 - **DOCQUIR P.-F.**, « Quelques observations relatives à la discrimination en fonction de la nationalité en matière de droits sociaux », *Rev. dr. étr.*, 1999, p.772.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2000, p.498.
- CJCE, 15 juin 1999, *Procédure pénale contre Sami Heinonen*, aff. C-394/97, *Rec.*, p.03599.
- **PIETRI M.**, *Europe*, 1999, Août-Sept., Comm. n° 292, p.17.
- CJCE, 4 mai 1999, *Sema Siirül contre Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-262/96, *Rec.*, p. I-02685.
- **IDOT L.**, *Europe*, 1999, Juillet, Comm. n° 253, p.18.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2000, p.500.
- CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec.*, p. I-01459.

- **BALLARINO T.**, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes », *RCDIP*, 2003, p.373.
- **IDOT L.**, *Europe*, 1999, Mai, Comm. n° 183, p.17.
- **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services », *JDI*, 2000, p.482.
- **SIMON D.**, *Europe*, 1999, Mai, Comm. n° 165, p.10.
- CJCE, 24 novembre 1998, Procédure pénale contre Horst Otto Bickel et Ulrich Franz, aff. C-274/96, *Rec.*, p. I-07637.
 - **DESOLRE G.**, « Le principe de non-discrimination, la liberté de circulation et les facilités linguistiques en matière judiciaire », *CDE*, 2000, p.311.
 - **LATOUR X.**, « Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes. C.J.C.E. (plénière), 24 novembre 1998: Horst Otto Bickel et Ulrich Franz (aff. C-274/96) », *LPA*, 2000, n° 27, p.16.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1999 p.559
 - **PEREZ S.**, *D.*, 1999, Som., p.274.
- CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio (État hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, aff. C-376/96, *Rec.*, p. I-02843.
 - **BOUTARD-LABARDE M.**, « Droit communautaire. Abus du droit communautaire, *JCP G*1998 I 189 Karayannis, Vassilios: L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire. À propos de l'arrêt C-367/96. Alexandros Kefalas e.a. / Elliniko Dimosio (État hellénique) », *CDE*, 1999, p.521.
 - **LAGONDET F.**, *Europe*, 1998, Juillet, Comm. n° 225, p.9.
- CJCE, 12 mai 1998, *María Martínez Sala contre Freistaat Bayern*, aff. C-85/96, *Rec.*, p. I-02691.
 - **CABRAL P.**, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts », *RMUE*, 1998, n° 3, p.254.
 - **IDOT L.**, *Europe*, 1998, Juillet, Comm. n° 241, p.14.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1999, p.557.
 - **MARTIN D.**, « De Zambrano à Dereci : Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *Revue de droit du travail*, 2012, p.339.

- CJCE, 5 juin 1997, *Land Nordrhein-Westfalen contre Kari Uecker et Vera Jacquet contre Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-64/96 et C-65/96, *Rec.*, p. I-03171.
 - **LUBY M.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1998, p.513.
- CJCE, 7 mai 1997, *Procédure pénale contre Jacques Pistre (C-321/94), Michèle Barthes (C-322/94), Yves Milhau (C-323/94) et Didier Oberti (C-324/94)*, aff. C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, *Rec.*, p. I-02343.
 - **BERR C. J.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des marchandises », *JDI*, 1998, p.498.
 - **HERMITTE M.-A.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 1998, p.555.
 - **ROCHARD D.**, « Dispositions de la loi «montagne» et principe communautaire de libre circulation des produits. Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 mai 1997 (aff. jointes C-321/94 à C-324/94) », *RTDE*, 1998, p.237.
 - **SIMON D. et LAGONDET F.**, *Europe*, 1997, Juillet, Chron. n° 9, p.7.
- CJCE, 6 juin 1995, *Ahmet Bozkurt contre Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-434/93, *Rec.*, p. I-01475.
 - **BLAISE J.-B. et ROBIN-DELAINE C.**, « Libre circulation des travailleurs et politique sociale. Travailleur - Accord CEE-Turquie - Droit de demeurer dans un État membre », *RAE*, 1995, n° 3, p.101.
 - **LUBY M.**, *JDI*, 1997, p.572.
- CJCE, 16 février 1995, *Procédures pénales contre Jean-Louis Aubertin, Bernard Collignon, Guy Creusot, Isabelle Diblanc, Gilles Josse, Jacqueline Martin et Claudie Normand*, aff. C-29/94, 30/94, 31/94, 32/94, 33/94, 34/94 et 35/94, *Rec.*, page I-00301.
 - **LUBY M.**, *JDI*, 1997, p.549.
- CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA contre Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec.*, p. I-04795.
 - **BOSSOUTROT C.**, « Réglementation des activités d'opérateur - Télévision, *LPA*, 1995, n° 29, p.7.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Fraude à la loi - Jurisprudence anticontournement - Préservation du caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel - Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 1995, I 3831.

- **DE GUILLENCHMIDT M. et BONICHOT J.-C.**, « Contentieux - Renvoi préjudiciel - Libre prestation de services - Législation nationale visant à préserver un réseau de radiodiffusion pluraliste et non commercial », *LPA*, 1995, n° 113, p.21.
- **GAVALDA C. et PARLEANI G.**, *JCP E*, 1995, I 477, n° 12.
- **IDOT L.**, *Europe*, 1994, Décembre, Comm. n° 464, p.12.
- CJCE, 9 août 1994, *Raymond Vander Elst contre Office des migrations internationales*, aff. C-43/93, *Rec.*, p. I-03803
 - **CASTILLO DE LA TORRE F.**, « La libre circulation des services et les ressortissants des pays tiers: quelques réflexions au sujet de l'arrêt Vander Elst », *RMUE*, 1995, n° 2, p.131.
- CJCE, 16 juin 1994, *Volker Steen contre Deutsche Bundespost*, aff. C-132/93, *Rec.*, p. I-02715.
- CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, *Rec.*, 1993, p. I.01663.
 - **CARTOU L.**, « Liberté d'établissement et diplômes universitaires », *LPA*, 1993, n° 108, p.19.
 - **DE GUILLENCHMIDT M. et BONICHOT J.-C.**, « Liberté de circulation des personnes - Applicabilité du droit communautaire - Limitations admises à la liberté de circulation pour des raisons impérieuses d'intérêt général », *LPA*, 1993, n° 108, p.17.
 - **DENYS C.**, « Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt Kraus », *CDE*, 1994, p.643.
 - **HUGLO J.-G.**, « La reconnaissance mutuelle des diplômes et des titres universitaires dans la jurisprudence communautaire », *Gaz. Pal.*, 1995, III, Doct. p.668.
- CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres contre Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90, *Rec.*, p. I-04239.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1993, p.430.
 - **CARTOU L.**, « La cour et une matière quelque peu sulfureuse: liberté de circulation et d'établissement et double nationalité », *LPA*, 1993, n° 1, p.18.
 - **RUZIE D.**, « Nationalité, effectivité et droit communautaire », *RGDIP*, 1993, p.107.
- CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, aff. C-370/90, *Rec.*, p. I-04265.

- **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1993, p.426.
- **CARTOU L.**, « Libre circulation des personnes (travailleurs et non salariés) », *LPA*, 1993, n° 9, p.25.
- CJCE, 30 mai 1991, *Commission c/ Pays- Bas*, aff. C-68/89, *Rec.*, p. I-2637.
- CJCE, 7 mai 1991, *Irène Vlassopoulou contre Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, aff. C-340/89, *Rec.*, p. I-02357.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1992, p.441.
 - **CARNELUTTI A.**, *Gazette du Palais*, 1992, I, Jur., p.196.
 - **GOSSERIES PH.**, « Effectivité de l'Europe sociale. Principes et limites de la libre circulation des personnes et des travailleurs et de la sécurité sociale des migrants », *JTDE*, 1991, p.389.
 - **HUGLO J.-G.**, « La reconnaissance mutuelle des diplômes et des titres universitaires dans la jurisprudence communautaire », *Gaz. Pal.*, 1995, III, Doct., p.668.
- CJCE, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi contre État belge*, aff. C-297/88 et C-197/89, *Rec.*, p. I-03763.
 - **RODIERE P.**, « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTDE*, 1991, p.565.
 - **SIMON D.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire », *JDI*, 1991, p.455.
 - **VERSCHUEREN H.**, « L'arrêt Dzodzi et l'équilibre précaire entre le droit national et le droit communautaire », *Rev. dr. étr.*, 1991, p.95.
- CJCE, 3 juillet 1990, *Regina contre Stanislaus Pieck*, aff. 157/79, *Rec.*, p.2171.
- CJCE, 23 mai 1990, *Procédure pénale contre Gourmetterie Van den Burg*, aff. C-169/89, *Rec.* p. I-02143.
- CJCE 23 mars 1990, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, aff. C-113/89, *Rec.*, p. I-01417.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1991, p.471.
 - **MAURO J.**, *Gaz. Pal.*, 1990, II, Som., p.333.
 - **POCHET P.**, « L'inconditionnalité de la liberté de prestation de services au regard

- des limites imposées à la liberté de circulation des travailleurs », *LPA*, 1992, n° 92, p.25.
- **TERNEYRE P.**, « Marchés publics », *S.*, 1991, Som., p.102.
 - **VERSCHUEREN H.**, « L'arrêt Rush Portuguesa: un nouvel apport au principe de la libre circulation des travailleurs dans le droit communautaire », *Rev. dr. étr.*, 1990, p.231.
 - CJCE 27 septembre 1989, *C. C. van de Bijl contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, aff. 130/88, *Rec.*, p.03039.
 - CJCE, 2 février 1989, *Ian William Cowan contre Trésor public*, aff. 186/87, *Rec.*, p.195.
 - **BOUTARD-LABARDE, M.-C.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1989, p.417.
 - CJCE, 27 septembre 1988, *Annunziata Matteucci contre Communauté française de Belgique et Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française de Belgique*, aff. 235/87, *Rec.*, p.5589.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1989, p.422.
 - CJCE, 27 avril 1988, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. C-321/87, *Rec.*, p.997.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1990, p.473.
 - CJCE, 19 janvier 1988, *Pesca Valentia Limited contre Ministre de la Pêche et des Forêts d'Irlande et Attorney general*, aff. 223/86, *Rec.*, p.83.
 - CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contre Georges Heylens et autres*, aff. 222/86, *Rec.*, p.4097.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. III.- Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1988, p.517.
 - **DUBOIS L.**, « À propos de deux principes généraux du droit communautaire (droit au contrôle juridictionnel effectif et motivation des décisions des autorités nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire) », *RFDA*, 1988, p.69.
 - **MAURO J.**, *Gaz. Pal.*, 1988, II Som., p.423.
 - CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre Ville de Schwäbisch Gmünd*, aff.

12/86, *Rec.*, p.3719.

- **CONSTANTINESCO V. et SIMON, D.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. I.- Institutions et ordre juridique communautaire », *JDI*, 1988 p.493-494
- **JORIS T.**, « La Cour de justice des Communautés européennes et la libre circulation des travailleurs turcs: l'affaire Demirel », *Rev. dr. étr.* 1988 p.88-101
- CJCE, 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes 281, 283, 284, 285 et 287/85, *Rec.*, p.3203.
 - **DESOLRE G.**, « Compétence de la Communauté en général et de la Commission en particulier en matière de politique migratoire vis-à-vis des États tiers », *CDE*, 1990, p.453.
 - **CONSTANTINESCO V. et SIMON D.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. I.- Institutions et ordre juridique communautaire », *JDI*, 1988 p.493.
- CJCE, 13 novembre 1986, *Nederlandse Bakkerij Stichting et autres contre Edah BV*, aff. 80/85 et 159/85, *Rec.*, p.03359.
 - **BERR C. J.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. II.- Libre circulation des marchandises », *JDI*, 1987, p.432.
- CJCE, 17 avril 1986, *État néerlandais contre Ann Florence Reed*, aff. 59/85, *Rec.*, p.1283.
 - **BOUTARD-LABARDE M.-C.**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1987, p.434.
- CJCE, 15 janvier 1986, *Derrick Guy Edmund Hurd contre Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. 44/84, *Rec.*, p.29.
- CJCE, 11 juillet 1985, *Ministère public contre Robert Heinrich Maria Mutsch*, aff. 137/84, *Rec.*, p.2681.
- CJCE, 13 février 1985, *Aissatou Diatta contre Land Berlin*, aff. 267/83, *Rec.*, p.567.
- CJCE, 27 octobre 1982, *Elestina Esselina Christina Morson contre Staat der Nederlanden et Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet ; Sewradjie Jhanjan contre Staat der Nederlanden*, aff. 35 et 36/82, *Rec.*, p.3723.
 - **DRUESNE G.**, « Liberté de circulation des personnes », *RTDE*, 1984, p.292.
- CJCE, 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenue & Giral contre Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. jointes C-62/81 et 63/81, *Rec.*, p.223. 141
 - **DRUESNE G.**, « Liberté de prestation des services et travailleurs salariés (les arrêts Webb et Seco de la Cour de justice des Communautés européennes) »,

RTDE, 1982, p.75.

- CJCE, 17 décembre 1980, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. 149/79, *Rec.*, p.3881.
 - **DUBOUIS L.**, « La notion d'emplois dans l'administration publique (art. 48, par. 4 traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *RFDA*, 1987, p.949.
- CJCE, 7 février 1979, *J. Knoors contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, aff. 115/78, *Rec.*, p.00399.
- CJCE, 29 juin 1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. 77/77, *Rec.* p.1513.
- CJCE, 27 octobre 1977, *Régina contre Pierre Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.*, p.1999.
 - **BARAV A.**, « la procedure communautaire de renvoi prejudiciel, l'assistance judiciaire gratuite et les tribunaux britanniques. a propos de l'affaire bouchereau », *journal des tribunaux*, 1977, p.706.
- CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. C-36/75, *Rec.*, p.1231.
 - **DUBOUIS L.**, « Le juge administratif français et les mesures de police prises à l'encontre des étrangers (à propos de trois décisions récentes) », *RCDIP*, 1976, p.301.
 - **SIMON D.**, « Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. À propos de l'arrêt Rutili », *RMC*, 1976, p.201.
- CJCE, 30 septembre 1975, *Anita Cristini contre Société nationale des chemins de fer français*, aff. 32/75, *Rec.*, p.1085.
- CJCE, 26 février 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore contre Oberstadtdirektor der Stadt Köln.*, aff. 67/74, *Rec.*, p.297.
 - **LYON-CAEN G.**, *RTDE*, 1976, p.141.
 - **TOMUSCHAT C.**, « L'ordre public, menacé pour la libre circulation ? », *CDE*, 1975, p.302.
- CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. 41/71, *Rec.*, p.1337
- CJCE, 3 décembre 1974 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, *Rec.*, p.01299.
 - **LOUSSOUARN Y.**, « Droit d'établissement », *RTDE*, 1975, p.518.
 - **LOUSSOUARN, Y.**, « Droit d'établissement », *RCDIP*, 1975, p.696.
- CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners contre État belge*, aff. 2/74, *Rec.*, p.631

- **DAMIEN A.**, « Les conditions de nationalité pour l'inscription au barreau à propos de l'arrêt de la Cour de justice du 21 juin 1974 », *Gaz. Pal.*, 1975, III, Doct., p.63.
- **DE DORLODOT F.-X.**, « L'avocat au regard du traité de Rome après l'arrêt de la Cour de justice du 21 juin 1974 », *RMC*, 1974, p.473
- **LOUSSOUARN Y.**, « Droit d'établissement », *RCDIP*, 1975, p.696.
- **LOUSSOUARN Y.**, « Droit d'établissement », *RTDE*, 1975, p.518.
- CJCE, 7 février 1973, Commission des Communautés européennes contre République italienne, aff. 39/72, *Rec.*, p.115.
- CJCE, 10 décembre 1969, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. jointes 6/69 et 11/69, *Rec.* p.523.
 - **CAHIER P.**, « Recours en constatation de manquements des États membres », *CDE*, 1970, p.576.
 - **LEMAITRE P.**, « Un conflit qui aurait pu être évité - Devant la Cour de Luxembourg la Commission reproche à la France le maintien d'un taux de réescompte favorable à ses exportations », *RMC*, 1969, p.57.
- CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p.01141.
 - **CATALANO N.**, « Portée des traités instituant les Communautés européennes et limites des pouvoirs souverains des États membres », *Le droit et les affaires*, 1964, n° 49, doc.LXXXVI.
 - **DE WITTE B.**, « Retour à «Costa». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE*, 1984, p.425.
 - **VIROLE J.**, « Questions posées par l'interprétation du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté Economique Européenne à propos de la nationalisation de l'électricité en Italie », *RTDE*, 1965, p.369.
- CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise.*, aff. 26/62, *Rec.*, p.00003.
 - **EPINEY A.**, « L'arrêt Van Gend en Loos et la citoyenneté de l'Union », in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Ed. Office des publications de l'Union européenne - Luxembourg, 2013, p.135.
 - **GORI P.**, « Souvenirs d'un survivant », 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013 (Ed. Office des publications de l'Union européenne - Luxembourg), 2013 p.29
 - **JACQUE J.-P.**, in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Ed. Office des publications de l'Union européenne - Luxembourg, 2013, p.129.

- **LABAYLE H.**, « Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos? », in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Ed. Office des publications de l'Union européenne – Luxembourg, 2013, p.197
- **LOUIS J.-V.**, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Ed. Office des publications de l'Union européenne – Luxembourg, 2013, p.205.
- **PICOD F.**, « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Ed. Office des publications de l'Union européenne – Luxembourg, 2013, p.81.
- **RUIZ FABRI H.**, « Conjuguer justice et prudence: commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Ed. Office des publications de l'Union européenne – Luxembourg, 2013, p.189.
- **ZILLER J.**, « Les réactions des milieux institutionnels, nationaux et scientifiques de l'époque », in *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Ed. Office des publications de l'Union européenne – Luxembourg, 2013, p.37.
- **AMPHOUX J.**, « À propos de l'arrêt 26/62 (Société N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend et Loos contre Administration fiscale néerlandaise) rendu le 5 février par la Cour de justice des Communautés européennes », *RGDIP*, 1964, p.110
- **ROBERT J.**, « Sur une égalité des droits devant la Communauté économique européenne des ressortissants des États membres avec ces États eux-mêmes », *S.*, 1963, p.29.

D- JURIDICTIONS FRANCAISES

1- Conseil constitutionnel

- Décision n°2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme, Rec.*, p.31.
 - **AVRIL P. et GICQUEL J.**, « Le triomphe de l'entonnoir », *LPA*, 15 février 2006, p.6.
 - **BRONDEL S.**, « Le Conseil constitutionnel durcit sa jurisprudence sur le droit d'amendement », *AJDA*, 2006, p.172.

- **DALEAU J.**, « Validation de la loi contre le terrorisme et précisions sur le droit d'amendement », *D.*, 2006, p.247.
- **MATHIEU B.**, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA*, 2006, p.306.
- **OGIER-BERNAUD V.**, « L'évolution décisive de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'exercice du droit d'amendement en cours de navette parlementaire », *RFDC*, 2006, p.585.
- **ROLIN F. et SLAMA S.**, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *AJDA*, 2006, p.975.
- **SCHOETTL J.-E.**, « La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 5-7 février 2006, p.20.
- Décision DC n°2003-467 du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *Rec.*, p.211.
 - **AUBIN E.**, « La loi sur la liberté intérieure, la liberté d'aller et venir et les limites du contrôle de constitutionnalité », *RDP*, 2003, p.375.
 - **BOYER J.**, « Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles : quel ordre juridictionnel ? », *LPA*, 22 mai 2003, p.4.
 - **GAGNOUD P.**, « Fouilles des véhicules automobiles : brèves remarques sur les principaux apports de la loi du 18 mars 2003 », *Gaz. Pal.*, 22 au 24 mars 2003, p.7.
 - **JAN P.**, « Forum », *RDP*, 2003, p.367.
 - **LAZERGES C. et ROUSSEAU D.**, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *RDP*, 2003, p.1147.
 - **LECUCQ O.**, *RFDC*, 2003, p.760.
 - **MATHIEU B. et VERPEAUX M.**, « Loi pour la sécurité intérieure », *LPA*, 18 septembre 2003, p.6.
 - **NICOT S.**, « Constitutionnalité de la loi pour la sécurité intérieure », *Dalloz*, 2004, p.1273.
 - **RIHAL H.**, « Quand le droit pénal l'emporte sur le droit public : l'exemple de la mendicité agressive », *RDP*, 2003, p.371.
 - **SCHOETTL J.-E.**, « La loi pour la sécurité intérieure » devant le conseil constitutionnel, *LPA*, 28 mars 2003, p.4.
 - **TCHEN V.**, « La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif », *AJDA*, 2003, p.10.
 - **TCHEN V.**, « Validation constitutionnelle de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure », *JCP A*, 2003, p.825.
- Décision DC n°97-394 du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, *Rec.*, p.344.

- **AUBIN E.**, « Le Conseil constitutionnel face à la communautarisation des politiques liées à la libre circulation des personnes dans l'Union européenne (visas, asile, immigration et franchissement des frontières) », *Tribune du droit public*, 1998/1, p.173.
- **CHALTIEL F.**, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité d'Amsterdam », *RMCUE*, 1998, p.73.
- **LUCHAIRE F.**, « Le traité d'Amsterdam et la Constitution », *RDP*, 1998, p.331.
- **PELLET A.**, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », *Cah. du Conseil Constitutionnel*, 1998 (4), p.113.
- **RICHARD D.**, « Le traité d'Amsterdam à l'épreuve du Conseil constitutionnel (à propos de la décision n°97-394 DC du 31 décembre 1997) », *Gaz. Pal.*, (168-169), 17 et 18 juin 1998, p.2 .
- **RIGAUX A. et D. SIMON S.**, « Le Conseil constitutionnel et le Traité d'Amsterdam », *Europe*, 1998, p.3
- **SCHOETTL J.-E.**, « Traité d'Amsterdam », *AJDA*, 1998, p.135.
- Décision DC n°93-325 du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, Rec.*, p.224.
 - **DUPEYROUX J.-J. et PRETOT X.**, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Droit social*, Janvier 1994, p.69.
 - **FABRE-ALIBERT V.**, « Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France », *RTDE*, 1994, p.519.
 - **GAUTIER Y.**, « Les accords de Schengen et le droit d'asile à l'épreuve du débat constitutionnel », *Europe*, Décembre 1993, p.1.
 - **GENEVOIS B.**, « Le statut constitutionnel des étrangers », *RFDA*, 1993, p.871.
 - **LOCHAK D.**, « Les trompe-l'œil du Palais-Royal », *Plein droit*, 22-23, octobre 1993-mars 1994, p.6.
 - **LUCHAIRE F.**, « Le droit d'asile et la révision de la Constitution », *RDP*, 1994, p.5.
 - **MATHIEU B. et M. VERPEAU M.**, « Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile », *LPA*, 9 septembre 1994 (108), p.4.
 - **ROSSETTO J.**, « La convention de Schengen : controverses et incertitudes françaises sur le droit d'asile », *RMCUE*, 1994, p.315.
- Décision DC n°92-307 du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n°445-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Rec.*, p.48.

- **GENEVOIS B.**, « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA*, 1992, p.185.
- **JULIEN-LAFERRIÈRE F.**, « De l'application des accords de Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée », *AJDA*, 1992, p.656.
- **LOCHAK D.**, *JDI*, 1992, p.677.
- Décision DC n°89-261 du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, *Rec.*, p.81.
 - **GENEVOIS B.**, « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers », *RFDA*, 1989, p.691.
 - **OSMAN F.**, « Le juge judiciaire gardien de la liberté individuelle, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.*, 25-27 Février 1990, p.2.

2- Conseil d'État

- CE, 22 juin 2012, *M. Muntean*, n°347545, non publié.
 - **BOSKOVIC O., CORNELOUP S., JAULT-SESEKE F., JOUBERT N. et PARROT K.**, « Droit des étrangers et de la nationalité. Décembre 2011-décembre 2012 », *D.*, 7 février 2013, p.324.
- CE, 30 décembre 2009, *Cosmin*, n°305226, *aux tables*.
 - **SLAMA S.**, « Protocole Aznar: l'ancêtre toujours vivant des listes de pays d'origine sûrs (CE, 30 décembre 2009, *Cosmin A.*) », <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/01/08/protocole-aznar-lancetre-toujours-vivant-des-listes-de-pays-dorigine-surs-ce-30-decembre-2009-cosmin-a-2/>
- CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres*, n°310146, *Rec. Lebon*, p. 341.
 - **JAUREGUIBERRY A. et ILIOPOULOU A.**, « La première condamnation d'une discrimination à rebours. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 6 oct. 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e.a .*, req. n°310146 », *RFDA*, 2009, p.132, *Rec. Leb*, p. 341.
- CE, 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, *Rec. Lebon*, p.335.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION GÉNÉRALE..... | 1 |
| I. L'ÉTRANGER DANS L'ÉTAT | 4 |
| A. L'étranger, une catégorie instrumentalisée par l'État..... | 5 |
| B. L'étranger, une catégorie fondée sur la nationalité..... | 8 |
| C. L'étranger, une catégorie marquée par l'exclusion | 11 |
| II. L'ÉTRANGER DANS L'UNION EUROPÉENNE | 13 |
| A. L'étranger, une compétence progressive du droit de l'Union européenne.. | 14 |
| B. Une dénomination proprement européenne de l'étranger : le ressortissant de pays tiers | 20 |
| III. L'ÉTRANGER, ENTRE L'ÉTAT MEMBRE ET L'UNION EUROPÉENNE..... | 23 |
| PARTIE 1. LA MISE À L'ÉPREUVE DU CRITÈRE NATIONAL DE L'ÉTRANGER | 29 |
| TITRE 1. LA DÉFINITION DE LA NATIONALITÉ, UNE COMPÉTENCE ÉTATIQUE ENCADRÉE PAR LE DROIT DE L'UNION | 31 |
| CHAPITRE 1. L'APPROPRIATION EUROPÉENNE DU CRITÈRE DE LA NATIONALITÉ | 33 |
| <i>SECTION 1. LA NATIONALITÉ, CRITÈRE ESSENTIEL DE RATTACHEMENT AU DROIT DE L'UNION.....</i> | <i>35</i> |
| <i>Paragraphe 1. La nationalité, unique critère d'accès au statut de citoyen de l'Union</i> | <i>35</i> |
| A. La consécration de la nationalité comme critère de la définition des citoyens de l'Union | 36 |
| B. Le renouvellement européen de la définition de l'étranger par la nationalité | 42 |
| <i>Paragraphe 2. La nationalité, critère minimal d'exercice des droits du citoyen de l'Union.....</i> | <i>46</i> |
| A. L'extranéité, un critère préalable à l'exercice des principaux droits de la citoyenneté de l'Union..... | 47 |
| B. La consécration d'un critère alternatif à l'extranéité | 55 |
| 1. Le critère de la privation de la jouissance effective des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union | 56 |

| | |
|---|-----|
| 2. Un nouveau critère de rattachement au droit de l'Union aux implications limitées . | 59 |
| <i>SECTION 2. LA NATIONALITÉ, CRITÈRE NON EXCLUSIF DE RATTACHEMENT AU DROIT DE L'UNION</i> | 65 |
| <i>Paragraphe 1. L'exercice de certains droits de la citoyenneté de l'Union par les ressortissants d'État tiers</i> | 66 |
| A. Les hypothèses d'élargissement des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers | 68 |
| 1. L'« infusion » indirecte des droits de la citoyenneté de l'Union dans le statut des ressortissants d'États tiers | 68 |
| 2. L'« infusion » directe des droits de la citoyenneté de l'Union dans le statut des ressortissants d'États tiers | 74 |
| B. Les limites à l'élargissement des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers | 75 |
| 1. Des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers conditionnés indirectement par le critère de la nationalité | 76 |
| 2. Des droits de la citoyenneté de l'Union au profit des ressortissants d'États tiers minorés par le critère de la nationalité | 78 |
| <i>Paragraphe 2. La pertinence d'un critère distinctif proprement européen</i> | 83 |
| A. Le constat : une frontière instable entre les catégories du citoyen et de l'étranger dans l'Union | 83 |
| B. La solution : la mobilisation d'un nouveau critère distinctif | 85 |
| CHAPITRE 2. L'ÉMERGENCE EUROPÉENNE D'UN DROIT DE LA NATIONALITÉ | 91 |
| <i>SECTION 1. LA CONFIRMATION EUROPÉENNE DU TITRE DE COMPÉTENCE ÉTATIQUE</i> | 93 |
| <i>Paragraphe 1. Le titre de compétence en matière de nationalité « à des fins internes »</i> | 94 |
| A. La consécration par le droit international général de la compétence étatique d'attribution de la nationalité « à des fins internes » | 94 |
| B. La confirmation européenne de la compétence étatique d'attribution de la nationalité « à des fins internes » | 98 |
| <i>Paragraphe 2. Le titre de compétence en matière de nationalité « à des fins européennes »</i> | 100 |
| A. La consécration européenne de la compétence étatique d'attribution de la nationalité « à des fins européennes » | 101 |

| | |
|--|-----|
| B. Les problèmes soulevés par des catégories européennes dictées par les États membres..... | 105 |
| <i>SECTION 2. LES LIMITES EUROPÉENNES À L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE ÉTATIQUE EN MATIÈRE NATIONALITÉ</i> | |
| <i>Paragraphe 1. Les limites à l'exercice de la compétence étatique en matière de nationalité « à des fins européennes »</i> | 111 |
| A. Les « effets européens » de l'attribution de la nationalité d'un État membre | 114 |
| 1. L'encadrement de l'exercice de la compétence étatique dans l'hypothèse d'une double nationalité État membre/ État tiers..... | 114 |
| 2. L'encadrement de la compétence étatique dans l'hypothèse d'une double nationalité État membre/ État membre | 117 |
| B. Les « effets européens » de la perte de la nationalité d'un État membre | 121 |
| <i>Paragraphe 2. Les conséquences contradictoires des règles européennes relatives à la nationalité</i> | 125 |
| A. Un encadrement de la compétence des États justifié : la spécificité de l'ordre juridique de l'Union..... | 126 |
| 1. Le rejet européen de la primauté de la nationalité effective | 126 |
| 2. Le rejet européen de la primauté de la nationalité du for sur la nationalité étrangère concurrente | 129 |
| B. Un encadrement de la compétence des États contestable : l'instrumentalisation du lien de nationalité..... | 130 |
| CONCLUSION DU TITRE | 135 |
| TITRE 2. LA NATIONALITÉ, UNE FONCTION DISTINCTIVE ALTERÉE PAR LE DROIT DE L'UNION | |
| CHAPITRE 1. UNE FONCTION DISTINCTIVE DIMINUÉE | 139 |
| <i>SECTION 1. LE CITOYEN DE L'UNION, UN "QUASI-NATIONAL" DANS L'ÉTAT MEMBRE D'ACCUEIL</i> | |
| <i>Paragraphe 1. Le traitement national du citoyen de l'Union accédant au territoire de l'État d'accueil</i> | 142 |
| A. L'accès au territoire de l'État, un droit fondamental réservé par principe aux nationaux | 143 |
| B. L'accès au territoire de l'État, un droit fondamental élargi aux citoyens de l'Union | 149 |

| | |
|--|-----|
| <i>Paragraphe 2. Le traitement national du citoyen de l'Union séjournant sur le territoire de l'état d'accueil.....</i> | 154 |
| A. Le principe du traitement national du citoyen de l'Union | 155 |
| B. La mise en œuvre du traitement national du citoyen de l'Union | 158 |
| SECTION 2. LE CITOYEN DE L'UNION, UN "QUASI-ÉTRANGER" DANS L'ÉTAT MEMBRE D'ACCUEIL | 163 |
| <i>Paragraphe 1. Le citoyen de l'Union, un étranger comme les autres face à la définition nationale de l'ordre public.....</i> | 165 |
| A. L'ordre public, un motif permanent d'éloignement de l'étranger du territoire national | 166 |
| B. La soumission du citoyen de l'Union à la définition nationale de l'ordre public . | 168 |
| <i>Paragraphe 2. Le citoyen de l'Union, un étranger privilégié face à la mise œuvre étatique de l'ordre public</i> | 171 |
| A. L'encadrement de la compétence des États membres à user de la réserve d'ordre public à l'encontre des citoyens de l'Union | 171 |
| B. Un traitement plus favorable que l'étranger ordinaire..... | 176 |
| CHAPITRE 2. UNE FONCTION DISTINCTIVE INVERSÉE..... | 179 |
| SECTION 1. LES DISCRIMINATIONS À REBOURS "NATIONALES" | 181 |
| <i>Paragraphe 1. Les hypothèses de traitement plus favorable du citoyen de l'Union .</i> | 182 |
| A. Les cas de discriminations à rebours entre le national et le citoyen de l'Union ... | 182 |
| 1. L'application par l'État membre d'accueil du principe de reconnaissance mutuelle | 183 |
| 2. L'application par l'État membre d'accueil d'un traitement harmonisé au niveau de l'Union..... | 186 |
| B. L'indifférence du droit de l'Union face aux discriminations à rebours entre le national et le citoyen de l'Union..... | 188 |
| <i>Paragraphe 2. Les remèdes au traitement plus favorable du citoyen de l'Union</i> | 194 |
| A. Les remèdes à l'initiative des États membres | 195 |
| B. Les remèdes à l'initiative des institutions de l'Union | 199 |
| SECTION 2. LES DISCRIMINATIONS À REBOURS « EUROPÉENNES » | 205 |
| <i>Paragraphe 1. Les hypothèses de traitement du ressortissant de pays tiers plus favorable que le citoyen de l'Union.....</i> | 206 |
| A. Le refus d'appliquer au citoyen de l'Union le statut d'étranger ordinaire | 206 |
| B. Le refus d'appliquer le droit d'asile au citoyen de l'Union | 209 |
| <i>Paragraphe 2. L'indifférence du droit de l'Union à l'égard des discriminations entre</i> | |

| | |
|--|-----|
| <i>les ressortissants de pays tiers et les citoyens de l'Union</i> | 214 |
| A. L'indifférence de la Cour de justice quant à l'exclusion du citoyen de l'Union de droits reconnus aux ressortissants d'États tiers par le droit national | 214 |
| B. L'indifférence de la cour de justice quant à l'exclusion du citoyen de l'Union de droits reconnus aux ressortissants d'États tiers par le droit de l'Union | 217 |
| CONCLUSION DU TITRE | 221 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE | 223 |
| PARTIE 2. LA MISE EN CONCURRENCE DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS | 225 |
| TITRE 1. LES DROITS NATIONAUX CONCURRENCÉS PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE | 229 |
| CHAPITRE 1. LE CONTOURNEMENT DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS PAR LE RECOURS AU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE | 231 |
| <i>SECTION 1. L'IDENTIFICATION DES HYPOTHÈSES DE CONTOURNEMENT EUROPÉEN DES LÉGISLATIONS NATIONALES RELATIVES AUX ÉTRANGERS</i> | 233 |
| <i>Paragraphe 1. L'éviction du droit national des étrangers par le recours au mariage avec un citoyen de l'Union migrant</i> | 233 |
| A. Les facilités consacrées par le droit de l'Union dérivé relatif à la libre circulation des citoyens de l'Union | 235 |
| B. Les facilités développées par la Cour de justice de l'Union européenne | 240 |
| 1. L'absence d'obligation pour le ressortissant d'État tiers de résider préalablement et légalement sur le territoire de l'Union avant la demande de regroupement familial. | 240 |
| 2. L'invocabilité du droit européen au regroupement familial par le citoyen de l'Union migrant dans son État d'origine | 245 |
| <i>Paragraphe 2. L'éviction du droit national des étrangers par le recours au droit de séjour de l'enfant citoyen de l'Union sédentaire</i> | 251 |
| A. La régularisation de l'étranger, parent d'un enfant citoyen de l'Union — <i>artificiellement</i> migrant | 252 |
| B. La régularisation de l'étranger, parent d'un enfant citoyen de l'Union sédentaire | 254 |
| <i>SECTION 2. L'ÉVALUATION DES CONSÉQUENCES DU CONTOURNEMENT EUROPÉEN</i> | |

| | |
|---|-----|
| <i>DES LÉGISLATIONS NATIONALES RELATIVES AUX ÉTRANGERS</i> | 259 |
| <i>Paragraphe 1. Le dessaisissement des états membres de leur compétence relative au premier accès de l'étranger sur le territoire de l'Union</i> | 260 |
| A. La remise en cause du traitement national de l'irrégularité du séjour de l'étranger | 261 |
| B. La remise en cause du contrôle national des motifs de l'immigration..... | 263 |
| <i>Paragraphe 2. La nécessité de clarifier la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres</i> | 264 |
| A. Un élargissement du domaine de compétence de l'Union européenne a priori contestable | 265 |
| B. Un élargissement du domaine de compétence de l'Union européenne finalement justifié | 266 |
| CHAPITRE 2. LA LUTTE CONTRE LE CONTOURNEMENT EUROPÉEN DU DROIT NATIONAL DE L'IMMIGRATION | 271 |
| <i>SECTION 1. LA PERSPECTIVE EUROPÉENNE : LA RÉPRESSION JURISPRUDENTIELLE DU CONTOURNEMENT EUROPÉEN DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS</i> | 273 |
| <i>Paragraphe 1. La consécration jurisprudentielle d'un principe de lutte anti-contournement</i> | 275 |
| A. Le principe de lutte anti-contournement..... | 276 |
| B. Les conditions de la mise en œuvre du principe | 278 |
| <i>Paragraphe 2. La mise en œuvre limitée du principe européen de lutte anti-contournement</i> | 281 |
| A. Une approche restrictive de la notion révélée dans l'arrêt — <i>Akici</i> — | 281 |
| B. L'absence d'utilité de la notion d'abus de droit pour les États membres | 284 |
| <i>SECTION 2. LA PERSPECTIVE NATIONALE : LA PRÉVENTION NORMATIVE DU CONTOURNEMENT EUROPÉEN DU DROIT NATIONAL DES ÉTRANGERS</i> | 289 |
| <i>Paragraphe 1. La modification des règles nationales régissant l'accès à la catégorie de citoyen de l'Union</i> | 290 |
| A. Le remaniement des règles relatives à l'attribution de la nationalité..... | 291 |
| B. Le remaniement des règles relatives à la naturalisation..... | 295 |
| <i>Paragraphe 2. La modification des règles nationales régissant l'accès à la catégorie de membre de la famille d'un citoyen de l'Union</i> | 298 |
| A. Le durcissement des règles relatives aux mariages mixtes | 299 |
| B. Un durcissement des règles relatives au mariage mixte contestable au regard de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme | 303 |

| | |
|---|-----|
| CONCLUSION DU TITRE | 307 |
| TITRE 2. LES DROITS NATIONAUX MIS EN CONCURRENCE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE | 309 |
| CHAPITRE 1. L'HARMONISATION INSTRUMENTALISÉE PAR LES ÉTATS MEMBRES | 311 |
| <i>SECTION 1. LA MISE EN CONCURRENCE DES DROITS NATIONAUX CONFORTÉE PAR LE DROIT DE L'UNION</i> | 313 |
| <i>Paragraphe 1. La différenciation spatiale du droit des étrangers de l'Union</i> | 314 |
| A. Un espace réduit en interne..... | 315 |
| 1. La participation à la carte du Royaume-Uni et de l'Irlande | 315 |
| 2. La participation originale du Danemark | 323 |
| B. Un espace élargi en externe | 325 |
| <i>Paragraphe 2. La fragmentation matérielle du droit des étrangers de l'Union</i> | 328 |
| A. La mainmise initiale des États membres sur le contenu des directives | 329 |
| 1. Le poids des États dans le processus initial d'adoption des directives d'harmonisation..... | 330 |
| 2. Les répercussions sur le contenu des directives d'harmonisation | 333 |
| B. La mainmise renouvelée des États membres sur le contenu des directives après le Traité de Lisbonne | 340 |
| 1. Le nouveau cadre normatif consacré par le Traité de Lisbonne | 341 |
| 2. Les directives adoptées après l'adoption du Traité de Lisbonne : un test décevant | 345 |
| <i>SECTION 2. LA PERSISTANCE D'UNE MISE EN CONCURRENCE DES DROITS NATIONAUX FAVORABLE AUX ÉTATS MEMBRES</i> | 351 |
| <i>Paragraphe 1. Des états membres confortés dans leurs législations nationales</i> | 351 |
| A. Le maintien de disparités nationales | 352 |
| B. La concurrence normative horizontale contenue progressivement par la Cour de justice..... | 356 |
| <i>Paragraphe 2. Un prétexte à un durcissement des législations nationales</i> | 365 |
| A. Des États membres incités à restreindre leurs législations | 365 |
| B. Une harmonisation spontanée défavorable aux droits des étrangers | 367 |

| | |
|---|-----|
| CHAPITRE 2. | |
| L'UNIFICATION ÉPROUVÉE PAR L'ABSENCE DE SOLIDARITÉ | |
| INTERÉTATIQUE | 371 |
| <i>SECTION 1. LA SOLIDARITÉ REMISE EN CAUSE PAR LES STRATÉGIES JURIDIQUES DES ÉTATS</i> | 373 |
| <i>Paragraphe 1. La solidarité, un principe consacré par le droit de l'Union...</i> | 374 |
| A. La solidarité, un élément fondateur du droit européen des étrangers..... | 374 |
| B. Des mécanismes européens de solidarité consacrés..... | 376 |
| <i>Paragraphe 2. La solidarité, un principe malmené par les États membres....</i> | 385 |
| A. Le système «Dublin II» (avant refonte) : le «trop» de confiance mutuelle..... | 385 |
| B. La coopération Schengen (avant réforme) : le «pas assez» de confiance mutuelle..... | 392 |
| <i>SECTION 2. LES REMÈDES EUROPÉENS À L'ABSENCE DE SOLIDARITÉ</i> | 397 |
| <i>Paragraphe 1. La répression jurisprudentielle</i> | 397 |
| A. L'absence de solidarité condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme | |
| | 398 |
| B. L'absence de solidarité condamnée par la Cour de justice de l'Union européenne | |
| | 403 |
| <i>Paragraphe 2. La prévention normative.....</i> | 407 |
| A. La solidarité dans le cadre de la réforme de «Schengen» | 407 |
| B. La solidarité dans le cadre de refonte de «Dublin» | 411 |
| CONCLUSION DU TITRE | 419 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE | 421 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 422 |
| BIBLIOGRAPHIE | 429 |